<366027228500 12

<366027228500 12

Bayer. Staatsbibliothek

T. Pract.

93 (2 Gönner

J. Kail. 92

Handbuch

des deutschen gemeinen

Prozesses

in einer

ausführlichen Erörterung

seiner

wichtigsten Gegenstände

von

Hofrath und Professor Gönner

zu Landshut.

Zweyter Band.

Erlangen

bey Johann Jacob Palm

1801.

J. pract 93 (2

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

25 b Bm S

Vorrede.

Bey dem Erscheinen des zweiten Bandes habe ich nichts zu bemerken, als daß der Beyfall, welchen der erste Band erhielt, für mich ein stärkerer Antrieb war, auf der betretenen Bahn getreu fortzuschreiten. Ich konnte auch nach dem im ersten Band gelegten Gründe nunmehr der Ordnung des Prozesses mehr folgen, und bedaure nur, daß unvorhergesehene Geschäfte mich hinderten, in diesem Bande die Lehre vom Beweise zu vollenden. Das Abgängige wird

Vorrede.

im dritten Bande, der besonders den Rechtsmitteln gewidmet ist, folgen; wobey auch den Lesern die in diesem Bande an der Zahl mangelnden Bogen ersetzt werden sollen. Uebrigens versichere ich, daß der dritte Band zur Ostermesse gewiß erscheint.

Landshut im September 1801.

Inhalt.

Seite

XXVI. Berichtigung des Begriffs der Justizsachen in Deutschland, und Darstellung des Verhältnisses der gesetzgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt gegen einander in Beziehung auf Justizsachen, als Beantwortung der Frage: welche Gegenstände zu den Justiz- oder Polizeysachen zu rechnen seyen? 1

XXVII. Ueber das Verhältniß der positiven Thätigkeit des Richters, zu der Willkühr der Parteien bey Verhandlung eines Rechtsstreits oder Beantwortung der Frage: was kann der Richter von Amtswegen bey einem Rechtsstreite? 109

XXVIII. Von dem Unterschiede zwischen arctatorischen und monitorischen Ladungen. 152

XXIX. Benennung des Auctors, Litisdenunciation, Intervention, Adcitation. 161

Inhalt.

Seite

XXX. Beyträge zur Lehre vom ersten Verfahren im ordentlichen Prozesse. 236

XXXI. Ob und in wie weit der Beklagte durch die Litiscontestation unredlicher Besitzer werde? 270

XXXII. Revision des Begriffs vom Beweise mit den daraus abzuleitenden allgemeinen Grundsätzen. 283

XXXIII. Vom anticipirten Beweise. 347

XXXIV. Vom Gegenbeweise, insbesondere von der Zulässigkeit eines Gegenbeweises wider einen Gegenbeweis. 369

XXXV. Von Augenschein und Kunstverständigen. 403

XXXVI. Vom Beweise durch Urkunden. 459

XXVI.

Berichtigung des Begriffs der Justizsachen in Deutschland, und Darstellung des Verhältnisses der gesezgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt gegen einander, in Beziehung auf Justizsachen, als Beantwortung der Frage: welche Gegenstände zu den Justiz- oder Polizeysachen zu rechnen seyen?

I.

Dem gordischen Knoten gleicht das Sprichwort, welches unsere Ureltern hinterlassen haben, daß in Polizeysachen keine Appellation gelte [a]; ihn zu lösen, war schon das Bestreben großer Gelehrten, von denen Hommel [b] die Auflösung des Problems für ein verzweifeltes Unternehmen hält.

a) Eisenhards Recht in Sprüchw. S. 510.

b) Hommel in seinen Rhapsod. Vol. IV. obs. 502. sagt mit vieler Offenheit: „Perlecta

Immer war man nur bemüht, den Unterschied zwischen Justiz, und Polizeysachen aufzusuchen, aus einzelnen Fällen allgemeine Grundsätze auszuheben, und nach ihnen zu bestimmen, zu welcher von beiden Klassen jeder Fall zu rechnen sey; alles drehte sich in dem ewigen Kreise von Justiz, und Polizeysachen herum, und noch täglich streitet man darüber unter den Gelehrten, noch täglich an den höchsten Reichsgerichten, und wer nur ein mäßiger Beobachter war, erfuhr, daß man nach einem durch mehr als Ein Jahrhundert durchgeführten Streite dem Ziele nicht näher rückte.

Wen sollte diese Erfahrung nicht gegen die bisher betretene Bahn mißtrauisch machen, wem sollte es verargt werden, wenn er einen andern Weg versucht, um, wo möglich, Wahrheit zu finden? Nicht nur den Polizeysa-

„hanc ob causam scripta de causarum Justitiae „et Politiae conflictu et differentia. Jo. Sam. „Strychii, Strubenii, Schreiberi, Da„riesii, Rechenbergii, aliorumque Dis„sertationes, nos ex incertis fere incertiores „reddiderunt, imo hoc opus adeo videtur de„speratum, ut propemodum verear, ne mihi, „qui hoc scribo, idem lectores dixerint, quod „de his ego scriptoribus notavi.“

chen, sondern auch den Regierungssachen, den Staatssachen, Disciplinarsachen, Kameralsachen, Sachen der innern ökonomischen Kreisverfassung u. d. m. sind die Justizsachen entgegengesezt. So lange man also nicht die wesentlichen Bestandtheile des Begriffs der Justizsachen aufsucht; auf die Natur der Sache zurückgeht, um diese Bestandtheile nach dem allgemeinen Staatsrecht zu erforschen; durch Anreihung der Bestimmungen unserer positiven Rechtsquellen den Begriff zu einem brauchbaren erhebt, und durch richtige Grundsäze nach den drey Staatsgewalten, der gesezgebenden, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt das Verhältniß der Justizsachen zu den andern Gegenständen auszumitteln sucht; so lange kann man dem Fehler der Unvollständigkeit nicht entgehen, und richtige Grundsäze nicht aufstellen.

Wahrhaft! wäre der Begriff von Justizsachen so fixirt, wie es viele glauben, so könnte man über die Gränzlinie zwischen Polizey- und Justizsachen nicht schon durch Jahrhunderte streiten, so könnten die Reichsakten nicht verschiedene Klagen der Stände, Berathschlagungspunkte über diese Frage, und ausdrückliche Anträge der

Reichsstände auf eine nähere Bestimmung derselben aufzeigen [c]); denn sobald der Begriff von Justizsachen festgesezt ist, lassen sich die Gränzen zwischen Polizey- und Justizsachen sehr genau abstecken.

Bemerkungen über einzelne dahin einschlagende Fälle sind schäzbare Beyträge, aber sie arten in Empirie aus, wenn man die Sache nicht auf Grundsäze zurückführt. Sehr richtig haben die Visitatoren des königlichen Tribunals zu Wismar geurtheilt, daß die Specification einzelner Fälle nicht dienlich, und nur durch Aufstellung allgemeiner Regeln die gründliche Hebung aller Zweifel zu hoffen sey [d]). Wer wird aber allgemeine Regeln aufstellen können, so lange es den Begriffen an Bestimmtheit mangelt?

Es ist eine gewagte Sache, nach so vielen gelehrten Untersuchungen über einen äusserst schwierigen Gegenstand zu dem Publikum zu spre-

c) Moser von der deutschen Justizverfassung Th. I. Seite 1052.

d) Balthasar Gerechtsame der Universal-Jurisdiction des Tribunals zu Wismar. S. 41.

chen; allein die Wichtigkeit des Gegenstandes und der Mangel bestimmter, zusammenhängender Lehren mag den Versuch rechtfertigen oder entschuldigen; jede neue Seite, welche an einem Gegenstande von solcher Wichtigkeit gezeigt wird, bringt Nutzen hervor, sollte auch der Gewinn nur darin bestehen, daß durch Widerspruch die Wahrheit zu Tage gefördert wird.

II.

Genau müssen die Merkmale der Justizsachen erforscht werden, alles was diese Merkmale nicht vereint an sich trägt, liegt auser der Linie, wodurch die richterliche Gewalt, die Mittel der Vertheidigung und Verfolgung der Rechte, der Gang des Verfahrens bey Justizsachen begränzt sind. Hier ist eine andere Staatsgewalt, die gesezgebende oder vollziehende, in Thätigkeit, welche andere Bestimmungsgründe, andere Arten ihres Verfahrens hat. Ohne also in die Frage einzugehen, wie Regierungs- und Polizeysachen verschieden sind, worüber noch Schlözer und Voß streiten, untersuche ich die Merkmale der Justizsachen, und setze ihnen ohne weitern, hier nicht mehr entscheidenden, Unterschied alles unter einem Namen entgegen,

was nicht Justizsache ist. Insbesondere handelt der Staat bey der gesezgebenden und vollziehenden Gewalt aus höhern, aus dem Staatszwecke selbst abgeleiteten, Gründen; er berechnet seine Maasregeln nach dem Staatszwecke, welchen ich mit dem Gemeinwohl in dieser Abhandlung für gleichgeltend annehme, hier also unter dem Namen Gemeinwohl nichts verstehe, als was das allgemeine Staatsrecht als Zweck des bürgerlichen Vereins anerkennt.

Zuerst werde ich dasjenige anführen, was in den bisher erschienenen wichtigern Schriften über den Umfang der Justizsachen gesagt worden ist. In die Systeme älterer Rechtslehrer einzugehen, schien mir unnöthig. Was Stryck, Strube, Schreiber, Daries, Rechenberg hierüber gelehrt haben, wurde schon von Hommel geprüft und für unzureichend erklärt. Ich werde daher in Aufführung der wichtigen Schriften mit Hommel den Anfang machen.

III.

Hommel a) giebt vier Bemerkungen an, welche immer den denkenden Mann verrathen,

a) in den angeführten Rhapsodien.

ob sie gleich das Ganze nicht erschöpfen: 1) Jede Sache muß als Justizsache betrachtet werden, bis klar dargestellt ist, daß sie zur Polizey gehört. — Diesen Satz kann ich nicht unterschreiben, jede der drey Staatsgewalten, die gesezgebende, vollziehende und richterliche, hat gleichen Anspruch auf Thätigkeit, ohne daß für die richterliche ein überwiegender Vermuthungsgrund bewiesen werden könnte. 2) Bey Gegenständen, die es zweifelhaft lassen, ob sie zur Polizey oder zur Justiz gehören, und welche nach gewissen Rücksichten zu beyden gezählt werden können, entscheidet Prävention. — Aus dieser Bemerkung leuchtet einige Wahrheit hervor, wenn sie auch durch den Schluß, wie ihn Hommel zog, wieder entstellt wurde. In einer Sache, welche nach einer Rücksicht zur Justiz, nach der andern zur Polizey gehört, wirkt jede Gewalt in ihrer Sphäre, beyde sind sich coordinirt, ohne daß eine die andere ausschließt. Wie sollte auch die Prävention entscheiden, da die Polizey schlechterdings mit dem Rechtspunkte nichts zu thun, jede von beiden ihren eignen Zwek hat? 3) So oft der Grund der Klage in einem Vertrage, dessen Gültigkeit oder Auslegung bestritten wird, oder in

Verjährung, Privilegium oder rechtskräftigen Urtheil ruht, ist die ganze Sache eine bürgerliche Streitigkeit, und gehört nicht zur Polizey. — Dieser Satz in seiner Allgemeinheit ist nicht ausser Zweifel, wenigstens nach dem allgemeinen Staatsrecht würde es sehr zweifelhaft seyn, ob ein von der Staatsgewalt verletztes Privilegium zur Klage gegen den Staat vor seinen eignen Gerichten berechtigte. 4) Man muß besonders die Streitigkeiten des einzelnen Bürgers gegen die Obrigkeit von den Streitigkeiten unterscheiden, welche ein Bürger mit dem andern führt. — Wichtig ist diese bisher stark vernachläßigte Bemerkung zur Bestimmung des Mittels, sein Recht zu verfolgen; aber die Merkmale, woraus man beurtheilen könnte, welche Sache Justizsache sey, werden durch sie nicht angegeben. Sehr gerne unterschreibe ich daher das Urtheil, welches Neurath in der unten anzuzeigenden Schrift fällte, daß diese Regeln unbestimmt und unvollständig seyen.

IV.

Zwierlein [a]) verbreitet sich über Regierungs- und Polizeysachen. Bey den

a) Vermehrte Beiträge zu Verbesserung des Justizwesens am Kammergericht. Th. II. S. 90-128.

ersten behauptet er, der einzige Fall, wo den Reichsgerichten eine Gerichtsbarkeit in Regierungssachen beygelegt werden kann, treffe alsdenn ein: wenn die Unterthanen sich gegen den Landesherrn beschweren, daß dieser in Ausübung der Regierungsrechte die Reichsgesetze oder Landesverfassung überschritten habe; in solchem Fall wird nach seiner Meinung die Regierungssache zur Justizsache. In Rücksicht der zweiten hält er sich an die bekannte Verordnung des jüngsten Reichsabschieds *b*), welche er zu erläutern sich bemüht. Am Ende nennt er zwölf Fälle, wo in Polizeysachen eine Appellation zulässig ist, welche aber in Grundsätzen auf eine höhere Abtheilung zurückgeführt werden können; nämlich wenn I) die Rechtmäßigkeit der Polizeyordnung selbst, oder II) ihre Anwendung in einem concreten Falle angefochten wird. Das erste ist erlaubt, wenn 1) gegen eine alte, nicht hergebrachte, 2) gegen eine nicht vernünftige, 3) gegen eine den Reichsconstitutionen nicht gemäße, 4) gegen eine erst neu einzuführende, 5) gegen eine nicht allgemeine, sondern nur auf den Nutzen oder die Bedrückung einzelner Personen abzielende Polizeyordnung geklagt wird;

b) §. 106.

6) wenn solche die ältern, den Reichssatzungen gemäßen Polizeygesetze durchlöchert, oder 7) wohl gar gegen die zwischen Obrigkeit und Unterthanen in der Form öffentlicher Gesetze abgefaßten Verträge streitet. — Das zweyte tritt ein, 1) wenn der unterliegende Fall nicht die gemeine Wohlfarth, sondern nur die Gerechtsame einzelner Personen, 2) oder die Auslegung eines Polizeygesetzes, oder 3) dessen Anwendung auf ein zweifelhaftes Factum betrifft, und 4) der Unterrichter bereits in der ersten Instanz die Form eines ordentlichen Prozesses beobachtet hat, hauptsächlich aber 5) wenn der ergangene Bescheid so beschaffen ist, daß der Appellat, Falls gerade umgewandt gesprochen und von ihm appellirt worden wäre, kein richterliches Gehör, sondern wohl gar eine Strafe verdienet hätte.

Auch hier sucht man vergebens den Begriff von Justizsachen, welcher doch allein als Maasstab zur Prüfung dieser Behauptungen gelten kann, und über das Verhältniß der Polizeygewalt zur Justizgewalt ist gar nichts gesagt worden obgleich dieses einer der wichtigsten Punkte in dieser Materie ist.

V.

Hohenthal a) erregt gegen seine Meinung schon ein gerechtes Mißtrauen, wenn er die Frage nur vom Gesetzgeber entschieden wünscht, und den Forschungen der Gelehrten allen Werth abspricht, als wenn es hier nicht einem Erkenntniß der Wahrheit aus ihr selbst gälte, und als ob nicht diese Forschungen selbst dem Gesetzgeber den Weg zur Wahrheit bereiteten! Daher fällt auch bey ihm die Erndte nicht so reich aus, als man wünschte; er stellt folgende vier Regeln auf: 1) Alle Streitigkeiten, welche das Mein und Dein betreffen, sind Justizsachen. Diejenigen hingegen, wodurch der Vortheil und die Ordnung unter den Bürgern hergestellt wird, sind Polizeysachen. 2) Nicht Polizey- sondern Justizsache ist es, wenn nicht vom Staatsvortheil, sondern vom Rechte der Einzelnen die Frage ist; Polizeysache hingegen, wenn es bey einer Sache dem allgemeinen Wohl gilt. 3) Handelt es von Abwendung einer bevorstehenden Gefahr oder vom Ersatz eines durch Thiere, z. B. einer durch fremdes Vieh an Feldfrüchten verursachten Schadens, so ist es eine Polizeysache. 4) Wo die Eigenschaft

a) Liber de Politia Leipz. 1776. 8. §. 125.

einer Sache, ob sie zur Polizey oder zur Justiz gehört, zweifelhaft ist, da prävalirt die Eigenschaft einer Polizeysache. (darin hat er eine gerade entgegengesetzte Meynung gegen Hommel.)

Auch dieser Meynung steht alles dasjenige entgegen, was ich oben gegen die Behauptungen Hommels bemerkt habe.

VI.

Tiefer in die Sache drang Neurath *a*) ein. Er liefert nicht nur eine reiche Sammlung schätzbarer Beobachtungen über einzelne, bey den höchsten Reichsgerichten vorgekommene, Fälle, sondern er sucht auch den Gegenstand mehr auf allgemeine Grundsätze zurükzuführen.

Er scheint die Eigenschaft einer Justizsache als Regel aufzustellen, indem er nur dasjenige den Polizeysachen beyzählt, was der Cognition und Entscheidung des Richters entzogen ist; nimmt Scheidemantels Begriff von Polizey *b*)

a) Differt. sistens observationes nonnullas de Cognitione et potestate Judiciaria in Causis, quae politiae nomine veniunt. Erlang 1780. 4.

b) Allgem. Staatsrecht. Th. II. Seite 65.

an, und suche nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen, was Polizey, oder Justizsache sey.

I. Eine wahre Polizeysache ist es nach seiner Meinung: wenn 1) eine Ordination welche kraft der Landeshoheit und der höhern Polizey gegeben wurde, und eine Provocation (an den Richter?) veranlaßte, nur allein (unice) das Interesse des Staats betrifft, und ihr Gegenstand das öffentliche Wohl des Ganzen, nicht aber das Privatrecht einzelner Parteien oder Klassen von Staatsbürgern oder Individuen angeht. — 2) Ist von Anordnungen der niedern Polizey die Rede, so sind Polizeysachen, und deshalb der Cognition der Gerichte entzogen, alle Fälle, wo die Berufung ergriffen wird, in Sachen, welche ihrer Natur nach eine schnelle Expedition fordern, die Weitläufigkeiten gerichtlicher Formalitäten nicht vertragen, und nach Localverhältnissen bestimmt werden müssen, die nur der Obrigkeit dieses Orts bekannt sind und einem entfernten Richter kaum erläutert oder bewiesen werden können; z. B. Anordnungen im Sanitätswesen, Reinigkeit der Sitten, Vorrath und Güte der Lebensmittel, Taxen derselben, Feueranstalten u. d.

II. Eine wahre Justizsache, welche den Zutritt zu den höchsten Reichsgerichten öffnet, ist aber vorhanden: 1) in allen Sachen, welche das Mein und Dein in Privatgeschäften angehen, sey es auch daß der Landesherr für seine Person, oder Namens des Landes, solche Privatgeschäfte unternommen hat. 2) So oft durch eine Ordination wohlerworbene unwiderrufliche Rechte verletzt werden, welche mit dem Staatsbesten hätten bestehen können. 3) Wenn eine Anordnung nicht innerhalb der Gränzen der landesherrlichen Gewalt getroffen wurde, sey es nun daß gegen die Reichsgesetze oder gültige Landesgrundgesetze die Gränzen der landesherrlichen Gewalt überschritten worden sind. 4) So oft über die rechtmäßige oder unrechtmäßige Anwendung eines Polizeygesetzes auf einen concreten Fall gestritten wird.

Beynahe scheint es, daß der gelehrte Verfasser nicht sowohl den Unterschied zwischen Justiz, und Polizeysachen angegeben, als vielmehr gezeigt habe, in welchen Fällen eine über Polizeygegenstände bey dem höheren Richter geführte Beschwerde am Ende als gegründet oder ungegründet erscheine; denn er hat in Bestim-

mung der Polizeygegenstände immer die Idee einer Provocation an den Richter eingemischt; übrigens auch den Gegenstand nicht in seiner ganzen Ausdehnung behandelt, da er von Justizsachen nur im Gegensatz der Polizeysachen gesprochen, und die übrigen Gegenstände, welche den Justizsachen entgegengesetzt sind, mit Stillschweigen übergangen hat.

VII.

Auch Berg *a*) hat über diesen Gegenstand den Erwartungen nicht entsprochen, zu welchen sich das Publikum durch die bewährten Einsichten dieses Gelehrten berechtiget hielt *b*).

Die Justizgewalt bestimmt nach seiner Meinung durch allgemeine Vorschriften, was in vorkommenden Fällen Recht seyn soll, wendet jene Vorschriften auf diese Fälle an, ertheilt hierauf ihre Entscheidung und ihr Urtheil, und giebt diesem, wenn es nöthig ist, den gehörigen Nachdruck, indem sie zur Vollstreckung desselben die Kräfte des Staats ge-

a) Handbuch des teutschen Polizeyrechts. Th. I. (Hannover 1799. 8.) Seite 131 — 187.

b) Hallische juriſt. Litterat. Zeit. Jahrg. I. S. 37.

braucht. Die Polizeygewalt giebt auch Vorschriften, aber nicht sowohl um Rechte zu bestimmen, als vielmehr um die bestimmten Rechte gegen Eingriffe in Schutz zu nehmen. Er durchgeht hierauf den Unterschied zwischen Justiz- und Polizeygewalt, welcher im Ganzen darauf hinausläuft, daß jene mit Bestimmung der Rechte, diese mit Abwendung bevorstehender Uebel sich beschäftige, und bekennt, daß Polizeysachen auch zur Cognition des Richters kommen können, weil sie Justizsachen geworden sind. Diesen Gegenstand behandelt er in Rücksicht auf Territorialgerichte und auf die Reichsgerichte, wobey er im Ganzen der Neurathischen Abhandlung folgt, und die Fälle auf einige allgemeine Grundsätze zu bringen sucht.

I. In Rücksicht der Territorialgerichte zählt er folgende Fälle zu den Justizsachen: 1) wenn eine Klasse von Bürgern oder ein Einzelner aus einem Polizeygesetze ein besonderes Recht für sich ableiten will, welchem aber von andern widersprochen wird; vorzüglich bey Streitigkeiten über die Gränzen der

Hand-

Handwerker findet dieses häufig seine Anwendung. 2) Wenn die Polizeyobrigkeit unter dem Vorwand einer Polizeyverordnung die natürliche Freyheit oder die wohlerworbenen Rechte verletzt, wogegen der dabey interessirte Theil behauptet, daß dazu in der Verordnung selbst kein rechtmäßiger Grund liege. 3) Wenn Landsassen oder Städte die ihnen anvertraute niedere Polizey zu Eingriffen in wohlerworbene Rechte, oder zu einer unerlaubten Einschränkung der natürlichen Freyheit mißbrauchen wollen. 4) Wenn die Polizeyobrigkeiten ihre Untersuchungen ohne Beobachtung der wesentlichen Erfordernisse des rechtlichen Verfahrens anstellen; also durch sie ein unparteiisches Resultat nicht herauskommen kann. — Er prüft nun andere Fälle, welche nicht zu den Justizsachen zu zählen sind, weil die Klagen ungegründet seyen.

Allein eben hiemit hat Berg nichts anders bewiesen, als daß bey gegründeten Beschwerden ein Sieg am Ende des Verfahrens zu hoffen sey, ungegründete Beschwerden aber dem Beschwerdeführer keinen Sieg ver-

schaffen können, und diesen Satz haben wohl alle Justizsachen mit den Polizeygegenständen gemein; und da man nicht läugnen kann, daß die Frage: ob eine Beschwerde gegründet sey oder nicht, eine Prüfung, also Competenz des Richters, und im Objekte die Eigenschaft einer Justizsache voraussetzt, weil Berg gegründete Beschwerden zur Cognition des Richters verwiesen hat, so hat Berg nichts als den Satz ausgesagt: alle Polizeysachen werden durch eine dagegen geführte Beschwerde Justizsachen, doch können nur gegründete Beschwerden eine Hülfe des Richters bewirken, und darüber, ob sie gegründet seyen oder nicht, hat der Richter zu entscheiden. — Wo ist aber nun ein Unterschied zwischen Polizey- und Justizsachen? Berg konnte ihn auch nicht finden, da er von einer Sonderung der gesezgebenden, vollziehenden und richterlichen Gewalt gar keine Notiz nahm, und noch die Festsetzung allgemeiner Vorschriften (Gesetze) zur richterlichen Gewalt rechnete.

II. Bey den höchsten Reichsgerichten erkennt er an Polizeygegenständen die Eigen-

schaft einer Justizsache, 1) wenn ein Mißbrauch der Landespolizeygewalt zu Ungerechtigkeiten (auch gegen die natürliche Freyheit) begangen wird. 2) Wenn ohne gegründete Ursache oder Leistung der schuldigen Entschädigung wohlerworbene Rechte verletzt werden. 3) Bey Verweigerung der Rechtspflege in justizmäßigen Polizeysachen. 4) Bey Polizeyverordnungen oder Anstalten, welche den Reichsgesetzen oder der Landesverfassung zuwider sind. 5) Bey Beschwerden wider untergerichtliche Erkenntnisse in justizmäßigen Polizeysachen.

VIII.

Alle diese Lehrarten sind 1) an sich nicht vollständig, um die Frage zu beantworten. was eigentlich Objekte der richterlichen Prüfung, Objekte eines Rechtsstreits seyen, eine Frage, welche doch bey Anfang jedes Rechtsstreits höchst wichtig ist. Zwar macht Martin a) einen Unterschied zwischen Justiz- und Prozeßsachen, Justizsache würde nach seiner Darstellung jeder Gegenstand seyn, bey welchem es den Rechten gilt, und in diese Klasse

a) Lehrbuch des gem. Prozesses. §. 55.

könnten auch Befugnisse, die noch nicht würksam sind, nebst den nicht streitigen Rechtsangelegenheiten gebracht werden; allein so scharfsinnig seine Bemerkung ist, so wenig kann ich ihr beypflichten; denn Justizsachen, als Objekte der richterlichen Gewalt, können nur verbunden mit der Rechtsverfolgung bey Gericht gedacht werden, nicht jedes Recht ist an sich eine Justizsache, aber Recht, verbunden mit seiner Verfolgung bey Gericht, ist Justizsache, also dieser Name mit Prozeßsachen gleichbedeutend. Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit sind nicht anders, als jedes Privatgeschäft über Rechtsverhältnisse, zu betrachten, und gehören an sich zur Sphäre der richterlichen Gewalt nicht.

Nebst dem lassen sie 2) den Begriff der Justizsachen nach seinen Bestandtheilen unbestimmt, scheinen ihn als eine unzweifelhafte Sache schon vorauszusetzen, und sind nur bemüht, die zu den Justiz, oder Polizeysachen gehörigen Fälle nach Grundsätzen zu klassificiren.

Der größte Fehler und, ich möchte sagen, der vorzüglichste Grund aller bisher be-

gangenen Irthümer liegt aber darin: daß sie 3) jedem Objekte nur eine der beyden Eigenschaften einer Justiz- oder Polizeysache, ausschließend beylegen, folglich nur eine der beyden Gewalten als thätig anerkennen; und 4) nicht darauf sehen, was Justizsache an sich ist, sondern ungegründete Rechtsansprüche aus der Reihe der Objekte gerichtlicher Verhandlungen verbannen, als ob nicht bey jedem Prozesse ein Theil Unrecht hätte, und als ob nicht die Entscheidung über Grund oder Ungrund des Anspruchs schon die Zuständigkeit des Richters, also die Eigenschaft einer Justizsache voraussetzte!

IX.

Befriedigend ist also dasjenige, was man bisher lehrte, keinesweges. Sollen die begangenen Fehler vermieden, das Ganze auf richtige Grundsätze zurückgeführt werden, so muß man den Begriff von Justizsachen als Objekten der richterlichen Gewalt vor allem entwickeln, hiebey vom allgemeinen Staatsrecht ausgehen, sodann die Modificationen, welche aus unsern positiven Rechtsquellen fließen, mit ihren Folgen betrachten. Der deutsche Begriff

von Justizsachen entfernt sich zwar von dem Begriffe, welchen uns das Ideal eines Staats im allgemeinen Staatsrecht liefert, so weit, daß die Beschwerden eher vermehrt als vermindert werden, wenn man in seinen Forschungen bis zu ihm fortrückt, aber diesem Wege muß man folgen, ohne sich durch die Beschwerden abschrecken zu lassen, da er der einzige ist, auf welchem man mit Sicherheit die Erreichung seines Ziels hoffen kann.

X.

Nach dem allgemeinen Staatsrecht macht nicht eine jede Subsumtion unter das Gesetz eine Justizsache; die vollziehende Gewalt in ihrem ganzen Umfange subsumirt concrete Fälle unter das Gesetz, ohne daß jenes ein Ausspruch des Richters wäre, was die Staatsgewalt als Resultat ihrer Subsumtion anordnet.

Nicht jede Verletzung der Rechte ist Objekt der richterlichen Gewalt im Staate; jeder Staatsbürger hat ein Recht darauf, daß er nur nach dem Gesetze beurtheilt werde, und jede gegentheilige Handlung ist Unrecht, aber darum allein noch nicht Justizsache. Wenn der

Regent die Konstitution verletzt, wenn der Unterthan nicht nach dem Gesetze behandelt wird, so geschieht ihm Unrecht, aber die richterliche Gewalt im Staate kann nicht wirken, denn die Regierung kann sich selbst den Gerichten im Lande nicht unterwerfen. — Wenn der Unterthan seine Verbindlichkeiten gegen den Staat nicht erfüllt, die Staatsabgaben nicht entrichtet, dem Staate die geforderten Dienste nicht leistet, so handelt er Unrecht, der Staat zwingt ihn, aber die richterliche Gewalt hat nichts zu entscheiden. — Wenn der Unterthan Handlungen begeht, welche unter einer Strafe verbothen sind, so subsumirt die Strafgewalt seine Handlung unter das Strafgesetz, sie straft, aber es gilt keiner Justizsache.

Das allgemeine Staatsrecht beschränkt also die richterliche Gewalt auf Streitigkeiten der Bürger über Rechte in ihren Privatverhältnissen. Nur bey Rechten ist eine Thätigkeit der richterlichen Gewalt denkbar; denn nur sie begründen einen Zwang, nur auf sie bezieht sich der Verzicht auf das eigene Gericht, welchen jeder bey seinem Eintritt in den Staat leistet. — Nur bey frei-

tigen Rechten, denn wer wird richten, wo kein Widersacher ist? unstreitige Rechte schützt die Executivgewalt, und den Satz, wo kein Kläger ist, da ist kein Richter, dictirt die Vernunft, wer kann sich aber einen Kläger ohne Beklagten, und wer Kläger mit Beklagten ohne Streit denken? — Nur bey streitigen Rechten der Bürger, weil der Herrscher den Gerichten nicht unterworfen seyn kann, da diese sonst über ihn, also der eigentliche Herrscher wären. — Nur in Privatverhältnissen; verletzte Rechte aus der Staatsverfassung würden den Herrscher zum Gegner haben, ihn also den Gerichten unterwerfen, was dem Begriffe der Staatsgewalt widerspricht.

Keine Handlung der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit, keine aussergerichtliche Geschäffte, keine Klagen gegen die oberste Gewalt sind also nach dem allgemeinen Staatsrecht Objekte der richterlichen Gewalt im Staate, und wenn wenigstens die Staatsgewalten wissenschaftlich getrennt werden sollen, so ist nichts in der richterlichen Gewalt enthalten, was zur Sphäre der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt gehört.

XI.

Ganz im Geiste des allgemeinen Staatsrechts sind Streitigkeiten über Gerechtsame, welche auf der Grundgesetzgebung des Reichs beruhen, in keinem Betracht der oberstrichterlichen Gewalt des Kaisers unterworfen *a*). Aus ihm fließt die Verordnung der kaiserlichen Wahlkapitulation, daß weder den Reichsgerichten, noch sonst jemand, wer er auch sey, so in als ausser dem Reiche gestattet werde, „daß den Ständen in ihren territoriis in ihre Landeshoheits- und Regierungsbesonders in Religions-, Polizey-, Kameral-, Militär-, Justiz-, Lehens-, Kriminal-, und Gnadensachen sub quocunque praetextu wider „die Reichsgesetze, den Friedensschluß oder aufgerichtete, rechtmäßige und verbindliche pacta „vor- oder eingegriffen werde *b*)." Derselbe Geist leuchtet aus der Verordnung hervor, welche den Reichsständen, die unmittelbare Reichsritterschaft mitbegriffen, erlaubt, „sich nach „der Verordnung der Reichskonstitutionen bey

a) Man sehe darüber Siegmann Versuch über die Rechte des Kaisers bey Streitigkeiten der Reichsstände (Leipz. 1787. 8) S. 79. u. ff.

b) Wahlkap. Art. I. §. 8.

„ihren hergebrachten und habenden landesfürst„lichen und herrlichen Iuribus selbst, und mit „Assistenz der benachbarten Stände wider ihre „Unterthanen zu manuteniren, und sie zum „Gehorsam zu bringen *c*).“ Aus der nämlichen Ursache sind Fälle, wo Reichsstände in die Reichsacht erklärt werden sollen, nur der Entscheidung des Reichstags vorbehalten *d*). Eben deshalb soll der Kaiser den Reichsgerichten keineswegs gestatten, „in die innern Kriegs„Civil, und ökonomischen Verfassungen der „Reichskreise Hand einzuschlagen, darüber auf „einigerley Weise zu erkennen, oder wohl gar „Prozesse ausgehen zu lassen *e*):“ Sehr konsequent hat der Reichsabschied vom J. 1570. die Moderationsgegenstände dem Kammergerichte entzogen, und hiezu eine besondere Reichsdeputation verordnet *f*).

Aber man muß bekennen, daß sich unsere Reichsgrundgesetze nicht gleich blieben, daß nach

c) Wahlkap. Art. XV. §. 8.

d) Wahlkap. Art. I. §. 3. u. 4. Art. XX. §. 4.

e) Wahlkap. Art. XII. §. 4.

f) R. A. 1570. §. 115 — 118. Vergl. Gerstlachers Handb. der deutschen Reichsg.. Th. VI. S. 840. Wahlkap. Art. V. §. 9. und 10.

den bestehenden Rechtsquellen in Deutschland der Begriff von Justizsachen nicht mehr rein und von allen fremdartigen Theilen frey ist. Mehrere Ursachen wirkten vereint, den Begriff der Justizsachen über seine natürlichen Gränzen zu erweitern, von welchen ich die vorzüglichsten auszeichnen will.

XII.

Schon das römische Recht hat den Richter auch zur Vornahme von Handlungen der unstreitigen Gerichtsbarkeit authorisirt *a*); so wenig auch bey unstreitigen Handlungen ein Richteramt denkbar ist. Nur der öffentliche Glauben, welcher zu solchen Handlungen nothwendig oder nützlich ist, gab die Veranlassung sie dem Richter zu übertragen, weil auf ihm der öffentliche Glauben ruht. In Deutschland hatte man dafür besonders die kaiserlichen Notarien, und dermal ist in Frankreich das Amt eines Richters (Friedensrichters) vom Amte eines Notair publique getrennt. Aber der Eingang, welchen das römische Recht in Deutsch-

a) Böttger, quae sint origenes et fundamenta distinctionis inter jurisdictionem contentiosam et voluntariam. Hannover 1799.

land fand, erhob es zur allgemeinen Regel, daß die richterliche Gewalt auch Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit (actus voluntariae Iurisdictionis) in sich fasse. Doch war schon bey den Römern die peinliche Gewalt in der Jurisdiction nicht begriffen, und der Satz ist auch noch in Deutschland gültig.

Einen andern Nachtheil brachte das römische Recht mit seinen Popularklagen und mit vielen seiner Verordnungen hervor, worin es eigentlich zur vollziehenden Gewalt gehörende Gegenstände dem Richter übertragen, und sie in Prozeßformen gepreßt hat. Wenn der Römer wegen einer gefährlichen Ausstellung oder Aushängung an einem Hause über der öffentlichen Straße, oder wegen verletzten öffentlichen Anschlägen jedem aus dem Volke eine Klage verstattet, wo die Fälle sichtbar nur gemeinschädliche Uebel betreffen, also in das Gebiet der Polizey gehören: wenn das römische Recht die Bestellung des Heyrathguts bey der Abwesenheit oder Gefangenschaft des Vaters dem Richter überträgt: wenn es den Richter anweißt, für Alimente der Pupillen bey Nachlässigkeit des Vormunds zu sorgen u. s. w. so sind

viele Gegenstände zum Wirkungskreise des Richters gezogen, welche in die Sphäre der vollziehenden Gewalt gehören.

XIII.

Das kanonische Recht trug nur dazu bey, die Anlässe zur Verwechslung der Gewalten in einem ausgedehnten Wirkungskreise des Richters zu vermehren. Die Päbste konnten ihre Macht durch einen ausgedehnten Begriff der Justizsachen ansehnlich vergrößern, sogar unter dem Namen einer geistlichen Jurisdiction weltliche Streitigkeiten an sich bringen, und es bedurfte einer eignen Gesetzgebung in Deutschland, um diesen päbstlichen Uebergriff in weltliche Rechte minder schädlich zu machen a). Durch Aufstellung der Extrajudicialappellationen brachte das kanonische Recht einen Gegenstand als Justizsache in zweyter Instanz an den höhern Richter, obgleich derselbe bey der vorigen Stelle nicht Justizsache war, wie wir aus

a) Wahlkap. Art. XIV. §. 4. u. 5. Verglichen mit dem Commentar, welchen ich in meinen Rechtsfällen (Landshut 1801. 8.) Band 1. S. 313. über einen Theil dieser Stelle lieferte.

den Appellationen gegen das Wahldekret [b]) und andern ähnlichen Extrajudicialappellationen sehen. Endlich vermengte das kanonische wie das römische Recht, die vollziehende Gewalt mit der richterlichen, indem es auch die Besorgung des Gemeinwohls dem Richter übertrug [c]), dessen einziges Geschäft doch nur seyn sollte, die streitigen Rechte der Individuen aus den für sie sprechenden Gründen nach den Gesetzen zu entscheiden.

XIV.

Daß mit diesen fremden, in Deutschland recipirten, Gesetzen auch ihr ausgedehnter Begriff auf Deutschland übergieng, ist eine anerkannte Sache. Wie hätte auch der Deutsche anders handeln können? Trennung der in der obersten Gewalt enthaltenen Rechte war bey dem Mangel an Kultur des allgemeinen Staatsrechts zu der Zeit nicht möglich, wo besonders nach errichtetem allgemeinen Landfrieden die Gerichtsverfassung in allen Theilen des deutschen Reichs eine grössere Consistenz erhielt, Frieden und Recht hatten selbst die Verfasser unserer

b) Cap. 4. De Elect. in 6.

c) Cap. 19. X. De Elect.

Grundgesetze als untrennbare Wesen aufgestellt, sie selbst das regenerirte Kammergericht zum Wächter des Landfriedens gemacht, also selbst zu Gegenständen der vollziehenden Gewalt bestimmt, sie hatten gefordert, daß die Stände in ihren Ländern Gerichte nach dem Beyspiel des Kammergerichts, also nach demselben Geiste errichten sollten; wer wird sich wundern, daß in diesen Zeiten sehr vieles von dem, was mehr zur vollziehenden als zur richterlichen Gewalt gehört, den Gerichtshöfen übertragen wurde?

Landfriedensbrüche, Verletzungen der Reichsgrundgesetze, Anmaßungen mancher Vorrechte, welche nur durch kaiserliche Privilegien erhalten werden können, Saumseligkeit in Zahlung der Reichsanlagen u. d. m. sind offenbar keine Justizsachen, und doch mußten auch sie nach dem Geist der Zeit sich in Prozeßformen pressen lassen, so wenig sie auch wahre Justizsachen sind. Selbst die Reichsgewalt lenkte in Gegenständen der vollziehenden Gewalt durch die Fiskale in den Rechtsweg ein, und wo sogar die öffentliche Ruhe im Staate durch den Prozeßweg erhalten werden soll, wo landfriedensbrüche ein Objekt gericht-

licher Verhandlungen ausmachen, da wird man doch keinen Beweis darüber fordern, daß eine Begünstigung der richterlichen Gewalt der vorwaltende Geist unserer Staatsverfassung sey. War es doch, als ob nur durch die Hand des Richters die Executivgewalt im Staate wirken könne! War nun einmal etwas eine Befugniß des Richters, so war nicht zu erwarten, daß durch Reichsgesetze hierin eine Abänderung getroffen werde, weil es in Deutschland sehr schwer hält, das Herkommen abzuwürdigen, und weil vielleicht selbst der Kaiser nicht leicht dazu mitgewirkt haben würde, da eine Berichtigung des Begriffs der Justizsachen auch die Gerichtsbarkeit der Reichsgerichte in engere Schranken gebracht hätte. Man wird es demnach sehr erklärbar finden, daß die Einmischungen fremdartiger Theile, die wir im Begriffe der Justizsachen mit der Reception der fremden Rechte in Deutschland erhielten, durch die Reichsgesetze nicht gehoben, sondern vermehrt wurden.

XV.

Einige Abweichuugen vom Begriffe der Justizsachen, wie ihn die philosophische Rechts-

lehre

lehre angiebt, sind sogar eine nothwendige Folge der Eigenheiten unserer deutschen Staatsverfassung. Wo die Staatsgewalt keinen Oberen über sich anerkennt, ist sie keinem Richter unterworfen, und der Begriff der Objekte richterlicher Thätigkeit beschränkt auf Privatverhältnisse der Bürger unter sich, Staatsgerechtsame sind da kein Objekt eines Streits vor Gericht. Aber in Deutschland haben wir subordinirte Staaten, eine Staatsgewalt, welche einer höheren Gewalt der Reichsregierung nach den Bestimmungen der Reichsgrundgesetze, und unter diesen besonders der Reichsjustizgewalt auch in Rücksicht der Regierungsrechte unterworfen ist, wo denn die Bedingung einer Unterwürfigkeit eintritt, bey der man sich auch einen Rechtsstreit über Rechte des Herrschers denken kann.

Wer in einer Rekurssache von der Reichsgewalt in seinen Rechten verlezt wird, wer in einer Handlung der Reichsgewalt seine Rechte gekränkt glaubt, der kann freilich keinen Richter finden, welchem die oberste Gewalt im Reiche subordinirt wäre; aber die Landeshoheit, als untergeordnet der höheren

Reichsgewalt, muß die Reichsjustizgewalt über sich anerkennen, wodurch auch Herrscherrechte einen Gegenstand der richterlichen Gewalt abgeben können. Sehr deutlich erkennt die kaiserliche Wahlkapitulation den Grundsatz, daß auch Hoheitsrechte ein Objekt gerichtlicher Verhandlungen in Deutschland seyn können, und dies auf eine zweyfache Weise: erstens in Streitigkeiten eines Landes gegen das andere deutsche Land *a*), worüber unter freyen unabhängigen Völkern keine Verhandlung vor Gericht statt findet; und zweytens in Streitigkeiten der Obrigkeit mit ihren Unterthanen über Ausflüsse der obersten Gewalt *b*), wel-

a) Wahlkap. Art. XIX. §. 4. „Und ob auch einiger Kurfürst, Fürst oder anderer Stand (die „freie unmittelbare Reichsritterschaft mit eingeschlossen), seiner Regalien — halber — „mit seinem Gegentheil — zu gebührlichen Rechten kommen — wollte, dasselbe sollen und „wollen Wir, wie alle andere ordentlich obschwebende Rechtfertigungen — befördern." —

b) Wahlkap. Art. XIX. §. 6. „Sollen und wollen wir bey andern Klagsachen der Landstände und Unterthanen wider ihre Obrigkeit, „insonderheit, wenn es die landesherrliche „Obrigkeit und Regalien, sowohl überhaupt, „als in specie die jura collectarum, armatu-

che nach dem allgemeinen Staatsrecht der rechtsprechenden Gewalt im Staate nicht subordinirt sind. (§. X.)

XVI.

Erweitert wurde durch einen Zusammenfluß aller dieser Ursachen der Wirkungskreis des Richteramts in Deutschland, 1) durch Uebertragung der zur willkührlichen Gerichtsbarkeit a) gehörenden Handlungen; sie werden zwar bey Gericht vorgenommen, sie betreffen Rechte, aber an sich sind sie keine Justizsachen. Erweitert 2) durch Behandlung vieler Zweige der vollziehenden Gewalt nach den Formen des Prozesses; alle fiskalische Sachen, obgleich die we-

„rae, sequelae, Landesdefension betrifft, ad „nudam instantiam subditorum — zuvorderst „die Austräge in Acht nehmen. §. 7. Wo aber „die Jurisdiction fundirt, dennoch, ehe und „bevor die Mandate, Reskripte oder Ordinationen ergehen, die beklagte Obrigkeit jedesmal — mit ihrem Bericht — vernehmen — „und wenn alsdann sich befinden würde, daß „die Unterthanen billige Ursache zu klagen haben, dem Prozesse schleunig — abhelfen, immittelst gleichwohl sie zum schuldigen Gehorsame gegen ihre Obrigkeit anweisen."

a) eine sehr unpassende Benennung.

nigsten ihrer Natur nach Justizsachen sind, gehören in diese Klasse, sie wurden nur durch besondere Disposition der Reichsgesetze Justizsachen, weil sie nach Prozeßformen erlediget werden; sie sind es also auch nur soweit, als die Gesetze sie zu Justizsachen umgeschaffen haben, und hier ist der Satz: daß die Reichsgesetze nicht unbedingt eine Quelle des gemeinen Prozesses sind [b], fruchtbar an Folgen. Nur für die Reichsgerichte gilt es, was die Reichsgesetze über fiskalische Sachen verordnet haben, deutsche Landesherrn können auch mit bloßem Zwang ohne Prozeßformen in vielen dieser Fälle einschreiten. Das hellste Beyspiel, wie das nämliche Objekt bald durch die vollziehende, bald durch die rechtsprechende Gewalt erlediget wird, also bald Justizsache ist, bald nicht ist, liefert uns der Ungehorsam deutscher Unterthanen. Die Landesherrn können sich gegen widerspennstige Unterthanen bey ihren landesherrlichen Rechten durch eigene Macht, allenfalls mit Assistenz benachbarter Reichsstände manuteniren, und sie zum Gehorsam bringen [c]; sie üben hier nur die vollziehende Gewalt aus, und der Gegen-

b) Meine Erörterungen Seite 4.

c) Wahlkap. Art. XV. §. 8.

stand hat gar nichts von einer Justizsache an sich; wollen sie aber dieses Mittels sich nicht bedienen, sondern bey der Reichsgewalt Hülfe suchen, so kann dies nur durch die Reichsgerichte, nur nach den Formen des gerichtlichen Verfahrens geschehen, hier kömmt die rechtsprechende Gewalt in Anwendung, der Landesherr wird Kläger, seine Unterthanen der Beklagte, und der Gegenstand geht in eine Justizsache über. Erweitert 3) durch die Subordination der Landeshoheit nach allen ihren Ausflüssen unter der höhern Gewalt des Reichs, welche durch die Reichsgerichte ausgeübt wird, und wegen welcher die deutschen Landesherrn sowohl in nachbarlichen Territorial, Differenzien als in ihrer eigentlichen Herrschereigenschaft gegen ihre Unterthanen einen höhern Richter über sich anerkennen müssen. Hierdurch geschieht es, daß Gegenstände, welche nach dem Völkerrechte oder dem allgemeinen Staatsrechte an sich Justizsachen nicht sind, diese Eigenschaft in Deutschland erhalten. Erweitert 4) durch Verwechslung der vollziehenden Gewalt mit der richterlichen, bey Gegenständen, welche zwar in einer Rücksicht Rechte der Individuen betreffen, bey welchen aber das öffentliche Wohl selbst un-

mittelbar intereſſirt iſt. Bey einem Landfrie-
densbruche ſind nicht nur allein die Rechte des
verletzten Theils in Betrachtung zu ziehen, wel-
cher aus den unrechtmäßigen Handlungen des
Ruheſtöhrers Anſprüche hat, ſondern auch der
Staat muß für die Herſtellung der Ruhe ſorgen;
das letzte iſt ein Ausfluß der vollziehenden,
das erſte der richterlichen Gewalt an ei-
nem Objekte, und doch ſind nach den Reichs-
geſetzen beyde Punkte der reichsgerichtlichen
Cognition unterworfen. Sichtbar ſind die hier-
aus entſtehenden Inkonvenienzien; denn wer
würde die im weſtphäliſchen Frieden dem Kaiſer
empfohlene Einholung der Gutachten einiger
Kurfürſten und Fürſten mit dem Zwecke der blos
rechtſprechenden Gewalt vereinbaren können *d*)?

XVII.

**Aus allen dieſen Anſtalten und Verord-
nungen, und da beynahe nur die richterliche Ge-**

d) J. P. O. Art. V. §. 54. „liberumque ſit
„Suae Majeſtati in cauſis majoribus et unde
„tumultus in Imperio timeri poſſent, inſu-
„per etiam quorundam utriusque Religionis
„Electorum et Principum ſententias et vota
„requirere.“

walt das Band war, welches alles in Deutschland fest an einander schloß, da nur Gerichtsverfassung und Gerichtsformen die Pforte, waren, durch welche die innere Staatsvervollkommnung eindrang, um die Barbarey des Mittelalters zu verdrängen, gieng in den Geist unserer deutschen Staatsverfassung und Gesetze ein allgemeiner Grundsatz über, welcher das Gebiet der richterlichen Gewalt und den Begriff der Justizsachen weit über die Gränzen ausdehnte, welche das allgemeine Staatsrecht vorzeichnet.

Der Deutsche, jeder willkührlichen Gewalt abgeneigt, schloß kein Objekt, bey welchem eine Rechtsverletzung denkbar ist, von der richterlichen Gewalt aus, er hielt sich blos an die Rücksicht des verletzten Rechts: unbekümmert um alle andere Verhältnisse des Gegenstandes, an dem sich eine Rechtsverletzung ergab, abgesehen von allen andern Verhältnissen erlaubte er den Gekränkten, über Rechtsverletzung die Hülfe des Richters zu suchen. Ausgenommen waren allerdings die Fälle, wo jemand über Rechtsverletzungen klagen wollte, welche er von der Reichsgewalt erlitten zu

haben glaubte a), denn sie erkennt keinen Richter über sich, dessen Schutz gegen Kränkung der Rechte aufgefordert werden könnte; aber in allen andern Fällen, sobald man über verletzte Rechte gegen irgend ein Subjekt klagt, welches einen Richter über sich anerkennt, sollte der Zutritt zum Richter soweit, als es der Rechtsverletzung gilt, erlaubt seyn. Keine Klasse von Objekten war der richterlichen Gewalt entzogen, selbst die Herrscherrechte nach allen Ausflüssen der obersten Gewalt konnten zu Rechtsstreitigkeiten den Stoff geben, sobald man es mit einem Gegner zu thun hat, welcher einem Richter unterworfen ist, und das sind alle unmittelbare oder mittelbare Personen in Deutschland.

Rechtsverletzung, eine Klage über verletztes Recht ist also die einzige Eigen-

a) Den schönsten Beweis dessen, was ich hier sage, liefert die Reichsoperationskasse. Ein Reichsstand, welcher seine schuldigen Beyträge zu ihr nicht entrichtet, wird durch den Reichsfiskal vor ein Reichsgericht gezogen, und durch den Richter zur Bezahlung angehalten; aber wer an die Reichsoperationskasse Forderungen hat, kann sie vor keinem Reichsgerichte klagbar geltend machen.

schaft, welche an einem Objekte gefordert wird, um es zu einer Justizsache zu qualificiren, dies ist allgemeiner Grundsatz, und jede Rechtsverletzung, seyen die übrigen Verhältnisse des Objekts, welche sie immer wollen, kann eine Justizsache werden. Nach dieser Maxime finden wir in den Reichsgrundgesetzen eine ausdrückliche Bestimmung, welche alle Streitigkeiten zwischen Landesherrn und Unterthanen auch über Hoheitsrechte für Justizsachen erklärt, und zur Entscheidung an den Richter, Austräge oder Reichsgerichte verweißt *b*), selbst in peinlichen Fällen bleibt der Rekurs an die Reichsgerichte wenigstens im Wege einer Beschwerde über Nichtigkeiten noch offen, ob er gleich durch das ordentliche Rechtsmittel der Appellation nicht begründet werden kann *c*), und Kreissachen, soweit vom verletzten Rechte die Rede ist, sind nicht minder als andere Rechtssachen der reichsgerichtlichen Cognition unterworfen *d*). Nie-

b) Wahlkap. Art. XIX. §. 6. u. 7.

c) K. G. O. Th. II. Tit. 28. §. 5. Malblank Anleitung zur Kanzleyverfass. u. Prax. Th. IV. §. 81.

d) Rettelbladt Erörter. S. 143. Der Reichshofrath in Justiz- und Gnadensachen Th. II.

mand kann also läugnen, daß es ein reichsgesetzmäßig anerkannter Grundsatz sey. Rechtsverletzung allein ist am Objekte eines Rechtsstreits eine wesentliche Eigenschaft, und der Begriff einer Justizsache von allen übrigen Verhältnissen des Objekts unabhängig. Ob die Rechtsverletzung bey Privatsachen oder bey Ausübung der landesherrlichen Gewalt in der Frage steht, ob Rechte des Einzelnen oder Rechte des ganzen Staats den Streit ausmachen, ob über Unrecht in Aufstellung einer allgemeinen Norm, oder in der Subsumtion, ob über Verletzung des Rechts in einer Disciplinar-, Staats-, Kameral-, Steuer-, Gesetzgebungs-, oder Polizeysache geklagt wird, dies ist ganz gleichgültig, man sieht am Objekte nichts von allen Verhältnissen des Objekts, als die Rechtsverletzung als etwas abstractes; gleichgültig ist es, aus welcher Quelle die Rechte abgeleitet werden, ob aus einem Staatsgrundgesetz, ob aus Civil-, Kriminal-, oder Polizeigesetzen, wenn es nur dem Rechte gilt.

S. 240. Mohl System der Gerichtsbark. des kais. R. K. G. Th. II. §. 162. u. ff.

XVIII.

Hierdurch ist nur bestimmt, welche Objekte zu Justizsachen qualificirt sind; aber da vom Können zum Seyn kein Schluß gilt, da zum Daseyn eines Streits vor Gericht auch noch auf Subjekte und auf Handlungen gesehen werden muß, ohne welche ein Rechtsstreit nicht gedacht werden kann, so würde eine Untersuchung über den Begriff der Justizsachen sehr grosse Lücken zurücklassen, wenn sie nicht auf die übrigen Bedingungen des Daseyns einer Justizsache verbreitet würde.

Wenn nur eine Rechtsverletzung das Objekt der richterlichen Gewalt im Staate seyn kann, so läßt sich die Existenz eines Rechtsstreits nicht anders denken, als wenn zwey Subjekte da sind, ein Subjekt, welches ein Recht in Anspruch nimmt, und ein anderes Subjekt, gegen welches der Anspruch gerichtet wird, also zwey streitende Theile, Kläger und Beklagter [a]). Am Beklagten wird nebst dem, daß ein in Anspruch genommenes Recht wider ihn geltend gemacht werden kann, seine Sub-

a) Mein Handb. Band I. Seite 302 — 305. und Seite 327.

ordination unter dem aufgeforderten Richter vorausgesetzt.

XIX.

Im Ganzen wird demnach zum wirklichen Daseyn eines Rechtsstreits erfordert: A) am Objekte, daß von einer Rechtsverletzung die Rede ist: B) an Subjekten, 1) einer, welcher ein Recht in Anspruch nimmt, 2) ein anderer, wider welchen es in Anspruch genommen wird, also zwey streitende Theile: 3) eine vom Staat zur Entscheidung der Streitigkeiten öffentlich aufgestellte Person, ein Richter, dessen Hülfe der Kläger auffordert. C) An Handlungen die Aufforderung der richterlichen Gewalt, Klage über verletztes Recht. Solange es an einem dieser Stücke mangelt, solange ist ein Fall keine Justizsache, obgleich damit keineswegs ausgesagt ist, daß ein Fall, welcher im Mangel eines dieser Erfordernisse noch zur Zeit Justizsache nicht ist, nach diesen sämtlichen erfüllten Voraussetzungen nicht Justizsache werden könne.

Diese Theile sollen einzeln mit Vergleichung anderer Sachen, welche Justizsachen nicht

sind, durchgegangen, und hierdurch die Natur der Justizsachen näher aufgeklärt werden.

XX.

I. Streitiges Recht ist am Objekte eine wesentliche Eigenschaft, nur von Rechten und nur von streitigen Rechten kann bey Justizsachen die Rede seyn. Nach diesem Grundsatze sind

1) alle Gegenstände, soweit das Recht dabey nicht in der Frage steht, nicht als Justizsachen zu betrachten, sey es auch, daß ein Gegenstand durch einen Zweig der Staatsverwaltung, vermittelst einer Subsumtion unter das Gesetz seine Bestimmung erhält. Alle Disciplinarsachen, Polizeystrafen, Militairsachen, Kammersachen werden durch Subsumtion unter das Gesetz bestimmt, aber diese Bestimmung hat einen Ausspruch über Rechte nicht zum Zwecke, sie sind also an sich keine Justizsache. Landesherrliche Anordnungen über einen Steuerfuß, Militairkonscription u. dgl. sind weder an sich, noch in der Subsumtion Justizsache, obgleich das Resultat der Subsumtion auf Verbindlichkeiten der Einzelnen Bezug

hat, denn der Zweck der Subsumtion ist nicht auszusprechen, was Recht sey. — Aber was an sich Justizsache nicht ist, kann Justizsache werden, wenn Jemand durch solche Handlungen seine Rechte für verletzt hält, und über Rechtsverletzung klagt. Man darf demnach das Seyn und Werden nicht verwechseln, und nicht dasjenige, was unter den besondern Gesichtspunkt des Rechts gestellt, erst Justizsache wird, schon für eine Justizsache an sich im Allgemeinen erklären.

2) Recht ist das Objekt, welches allein bey Justizsachen verfolgt wird, aber Deutschland verwirft hierin allen Unterschied unter den Quellen des Rechts, unter den Arten von Objekten des Rechts und ihrer Verletzung. Wer in Polizeysachen, in Disciplinarstrafen, in den Zweigen der landesherrlichen Gewalt nicht nach den Gesetzen behandelt zu seyn behauptet, der kann über Unrecht klagen, denn jeder hat ein Recht darauf, nur nach dem Gesetze beurtheilt zu werden. Sogar unnöthige Beschränkungen der natürlichen Freyheit durch Gesetze können den Stoff zu einer Beschwerde über Rechtsverletzung abgeben *a*).

a) Berg Polizeyrecht Th. I. S. 157.

Keine Art von Gesetzen, keine Art der Rechte, keine Art ihrer Verletzung begründet eine Ausnahme, ob es Rechte aus Gesetzen oder Privilegien, aus Civil, oder Polizeygesetzen, aus der Staatsverfassung oder den Privatverhältnissen sind, ob die Verletzung von Privatpersonen, oder vom Landesherrn, ob sie in Privatgeschäften oder in Staatshandlungen geschieht, dies ist gleichgültig; man sieht auf Rechtsverletzung als etwas abstractes, unbekümmert um alle übrige Verhältnisse; das Recht soll vom Richter anerkannt werden.

XXI.

3) Jeder kann nur das in Anspruch nehmen, was er zu den Seinen zählt, nur sein Recht verfolgt der Kläger, denn nur zum Schutze des Seinen kann der Bürger die richterliche Gewalt auffordern. Fürs Gemeinwohl, aus Gründen, wobey vom Rechte ganz abgesehen wird, sorgt die Polizeygewalt in Abwendung künftiger Uebel, und solange nur von diesem Standpunkt ausgegangen, solange nicht auf die Rechte eines betheiligten Individuums Rücksicht genommen wird, solange ist die Sache nicht Justizsache; nur über das Recht der

streitenden Theile zu urtheilen, kann Zweck der richterlichen Gewalt seyn, und nur Gründe, entnommen aus dem Rechte der streitenden Theile, können ihren Ausspruch bestimmen. Setze man, es sucht Jemand das Meisterrecht in einer Stadt bey dem Regenten, die Zunft tritt auf, stellt die grosse Anzahl ihrer Meister, die Schwächung ihres Nahrungsstandes durch Vermehrung ihrer Zahl vor, und bittet den Regenten, sie mit einer Vermehrung zu verschonen. Hier sollen Gründe für und wider nach bloßer Rücksicht aufs Gemeinwohl abgewogen werden, aber das Resultat der Prüfung ist nach dem Zwecke der aufgetretenen Subjekte kein Ausspruch über Rechte, der Gegenstand ist keine Justizsache. — Aber man denke, daß einer landesherrlichen Concession ein Widerspruch von jenem entgegengesetzt wird, welcher auf ein ausschließendes Recht Anspruch macht, hier gilt es einer Rechtsverletzung, nicht Gründe des Gemeinwohls, sondern Gründe, entscheidend für das Recht der interessirten Theile, können den Ausspruch über Rechte bestimmen, es ist eine Justizsache. Wenn ein Haus den Einsturz droht, und dem Leben aller Einwoh-

ner

ner gefährlich ist, wenn ein vernachläßigter Wasserbau am Grundstück eines Privatmanns die Gegend der Gefahr einer Ueberschwemmung ausseze, wenn ein Gebäude Feuersgefahr seinen Nachbarn bereitet, einer von den Gefährdeten der öffentlichen Gewalt die Gefahr anzeigt, und Abhülfe fordert, so will er nicht sein Recht vom Richter ausgesprochen, er will das Totale von der Gefahr frey wissen, keine individuellen Gründe der Interessenten, sondern Gründe des Gemeinwohls bestimmen die nöthigen Maasregeln, durch welche das bevorstehende gemeinschädliche Uebel abgewendet, keinesweges aber über Rechte unter den streitenden Theilen entschieden werden soll; hier ist demnach keine Justizsache vorhanden. Denkt man sich hingegen bey einer Servitut eine Irrung über die Frage: wer von beyden Gutsbesitzern einen Graben reinigen zu lassen verbunden sey, so sind nicht mehr Gründe des Gemeinwohls, sondern Rechtsgründe unter den streitenden Theilen entscheidend, der erste Fall ist also eine Polizeysache, der letzte aber eine Justizsache. — Regierungssache ist es, wenn der Landesherr die Ausfuhr oder Einfuhr einschränkt, wenn er die Stel-

lung der Mannschaft zum Soldatendienste durch das Loos, oder durch Stellung der Gemeinden anordnet. Der nämliche Gegenstand kann aber Justizsache werden, wenn Landstände oder Unterthanen über eine Verletzung ihrer Rechte gegen solche Anordnungen klagen. — Eine Verordnung, worin der Magistrat der Stadt Nordhausen zur Verhinderung der Getraidetheurung am 23. Junius 1795. verfügte, daß von den Brennherrn Statt der gewöhnlichen 84 Scheffel künftig nur 36 Scheffel Getraide wöchentlich von jeder Blase Brandwein zu brennen erlaubt sey, war offenbar eine Regierungssache. Aber als durch eine andere Verordnung vom 27. October 1795. das von den Blasen gewöhnliche Schrotgeld von 4 Pf. auf 12 Pf. erhöht wurde, und die Brennherrn ihre Rechte dadurch für verletzt hielten, weil neue Auflagen vom Staate nur nach gleicher Vertheilung unter die Gewerbe, oder nach dem Vermögen gemacht werden können, da wurde die Sache Justizsache, es galt nun dem Rechte, und mit Grunde hat auf die bey dem kaiserlichen Reichskammergericht im Jahre 1796. von den Brennherrn übergebene Supplica pro Mandato den non gravando insolitis oneribus (sub titulo

Schrotgeld) aut eventualiter decernendis plenariis appellationis proceſſibus dieſes höchſte Tribunal am 29. November 1800. ein Erkenntniß gegeben, welches genau in den Gränzen bleibt, ſoweit der Gegenſtand Juſtizſache iſt, und woran man nichts an Grundſätzen — an der Form nur dieſes, daß es im Wege der Appellation die Sache einleitete — vermißen wird. Das merkwürdige Erkenntniß will ich hier vollſtändig mittheilen *a*).

„In Sachen der Gewaltinhaber der ſämt„lichen Brennherren zu Nordhauſen, Appel„lanten an einem — wider alle drey Rathsre„gimenter daſelbſt, Appellaten am andern Thei„le: iſt mit Verwerfung der eingewandten Ex„ceptionis non devolutionis allein An, und „Vorbringen nach zu Recht erkannt, daß durch „Richtern, voriger Inſtanz übel geurtheilt, „wohl davon appellirt, daher ſolche Urthel zu „reformiren, dergeſtalt, daß der Magiſtrat zu „Nordhauſen zu der in Frage ſtehenden Erhö„hung des Schrotgeldes in der Art, und zu

a) Vergleiche die Halliſche Juriſt. Litt. Zeitung II Jahrgang in den Beilagen zum Intelligenzblatt Seite 23.

„dem Ende, wie er es gethan, nicht befugt,
„daher derselbe seine desfalls erlassene Verord-
„nungen wieder einzuziehen, und das zu viel
„erhobene Schrotgeld mittelst Compensation zu-
„rück zu erstatten schuldig, und dazu zu con-
„demniren sey, dagegen demselben eine allge-
„meine, die Bürger am wenigsten drückende,
„ihrem Gewerbe und Vermögen angemessene
„Erhöhung der Abgaben verfassungsmäßig aus-
„zumitteln unbenommen bleibe. Als wir hier-
„mit verwerfen, erkennen, für unbefugt und
„schuldig erklären, auch vorbehalten, die Ge-
„richtskosten an diesem kaiserlichen Kammer-
„gerichte derentwegen aufgelaufen, aus bewe-
„genden Ursachen gegeneinander compensirend
„und vergleichend.“

Nach eben diesen Grundsätzen sind Zah-lungen rückständiger Steuern, Leistung schuldi-ger Territorialfrohnen u. dgl. keine Justizsache, der Staat vollzieht; aber wenn ein Unterthan seine Steuerpflichtigkeit oder Verbindlichkeit die Frohndienste zu leisten in Zweifel zieht, wenn er auf ein Recht der Freiheit Anspruch macht, so geht die Sache in soweit in eine Justizsache über. Es fällt in die Begriffe, daß bey Kreis-

sachen auch Gegenstände vorkommen können, welche unter den Gesichtspunkt der Rechtsverletzung gestellt, Justizsache werden.

XXII.

4) Nicht jedes Rechtsgeschäft steht in der Kathegorie einer Justizsache, sondern die richterliche Gewalt im Staate ist nur vorhanden, um streitige Rechte auseinander zu setzen. Darum sind alle Handlungen der willkührlichen Gerichtsbarkeit an sich keine Justizsachen. Es gilt hier weder einer Bestimmung des Rechts, als Zweck der richterlichen Gewalt, noch einem streitigen Objekte, sie sind also an sich keine Justizsachen, obgleich sie diese Eigenschaft erhalten können, wenn auch bey ihnen ein streitiges Recht vorkommt. Ich will in Beispielen reden. Zum Vormund eines Minderjährigen ernennt der Richter mit Uebergehung eines nähern Verwandten, welcher minder tüchtig scheint, einen Dritten. Diese Ernennung an sich ist keine Justizsache, denn der Richter wollte in seiner Verfügung nur für den Minderjährigen sorgen, keinesweges aber über das Recht urtheilen. — Wenn aber zwey Verwandte, deren jeder näher zu seyn behauptete, das Recht auf

die Vormundschaft in Anspruch nahmen, und entschieden werden soll, wer das Recht habe, so wird der Gegenstand eine Justizsache.

5) Unstreitige Rechte schützt die vollziehende Gewalt im Staate, die streitigen Rechte zu entscheiden ist Zweck der richterlichen Gewalt. Die Römer zählten aber auch die Vollstreckung der Urtheile zu den Theilen der Jurisdiction, und dies ist Regel in Deutschland, ob wir gleich in den Austrägen ein Beispiel von Gerichtshöfen in Deutschland haben, welchen nur die Entscheidung aber keine Exekution zukommt. Die Staatsgewalt handelt auch in den mehresten Fällen nach diesem Grundsatz, und handhabt sich selbst bey ihren unstreitigen Rechten durch die exekutive Gewalt; aber in Streitigkeiten der Privatpersonen macht auch die Realisirung ihrer Rechte noch einen Zweig der richterlichen Gewalt aus.

XXIII.

6) Streitiges Recht wird erfordert; aber sobald ein Recht vor dem Richterstuhl in Anspruch genommen wird, ist es Justizsache, ohne daß in Bestimmung des Begriffs einer Justiz-

sache an sich auf die Rechtmäßigkeit des Anspruchs etwas ankommt. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Klagerecht Bedingung des Siegs im Prozesse, aber nicht Bedingung des Prozesses; ob die Klage gegründet sey, dies ist das Objekt der richterlichen Prüfung im Prozesse, aber Bedingung für das Daseyn eines Prozesses, ist nichts als ein Anspruch auf Rechte. Kann der Kläger überhaupt aus den erzählten Umständen die angestellte Klage ableiten, so beginnt der Prozeß, und selbst die Vorfrage: ob aus den Umständen, wenn sie wahr sind, die Klage fließt, ist Objekt der richterlichen Reflexion, der Ausspruch, daß die Klage angebrachtermassen nicht Statt finde, Handlung des Richters. Anspruch auf Rechte macht also die Bedingung einer Justizsache, ob der Anspruch gegründet sey, ist Objekt der Prüfung des Richters, der Verhandlungen der Parteien, also nicht Bedingung im Begriffe einer Justizsache, da beydes vielmehr am Objekte die Eigenschaft einer Justizsache, und am Richter seine Zuständigkeit, voraussetzt. Diese Verwechslung ist die Hauptursache, warum Neurath und Berg den Unterschied zwischen Polikey, und Justizsache

nicht fanden, da ihre Forschungen zunächst dahin giengen, wann eine Klage über Rechtsverletzung in den mit der Polizey verbundenen Gegenständen als gegründet den Sieg davon trage. Schätzbar, höchst schätzbar sind ihre Bemerkungen, aber den Begriff von Polizey- und Justizsachen konnten sie daraus nicht ableiten, denn sie sprachen vom Ende eines Rechtsstreits, und im Begriffe einer Justizsache muß man doch vom Anfang des Rechtsstreits reden, oder man müßte bey dem Unterschied der Justizsachen von andern Gegenständen, die Nichtjustizsachen sind, mit Erörterung der Frage, wann der Kläger Recht habe, Parallellen zwischen gegründeten und ungegründeten Klagen durch alle Rechtstheile ziehen. (Vergl. oben §. VII. u. VIII.)

XXIV.

II. Streitiges Recht läßt sich ohne ein Subjekt, welches Rechte in Anspruch nimmt, und ohne das andere, wider welches man das Recht behauptet, dessen Handlungen als Rechtsverletzung ausgegeben werden, nicht denken. Mit dem bisher bewiesenen Satze ist also zugleich erwiesen, daß ohne einen Kläger

und ohne einen Beklagten keine Sache als Justizsache betrachtet werden kann. Nun fordert der Zweck jeder richterlichen Gewalt Vertheidigung der Rechte von Seite derjenigen, unter welchen bey dem Streitgegenstand die Rechte bestimmt werden sollen, folglich müssen alle diejenigen als streitende Theile auftreten, welche das Objekt eines Streits zu dem Seinen rechnen, darüber disponiren können *a*). Bey Privatstreitigkeiten wird die Sache weniger Zweifeln unterworfen seyn, aber bey Streitigkeiten über Gegenstände, bey welchen die Rechte der obersten Gewalt im Spiel stehen, ist die Frage: wer ist Partei? größern Schwierigkeiten ausgesetzt.

Wenn die Brennherrn zu Nordhausen ihre Rechte für verletzt hielten, weil man sie allein zu den Staatslasten mit Abgaben belegen wollte, so war es doch nur ihre Obrigkeit, welche sie als die Urheber ihrer Rechtsverletzung ansehen konnten; ihre Klage konnte also nur gegen die Obrigkeit gerichtet seyn. (§. XXI.) — Wenn die Obrigkeit den mindertüchtigen nächsten Verwandten übergeht, und einem Dritten die Vor-

a) Mein Handb. Bd. I. Seite 306.

mundschaft aufträgt, was kümmert den Vormund der Verwandte, welcher in der Anordnung sein Recht für verletzt hält? Die Obrigkeit, und nicht der ernannte Vormund hat die Handlung begangen, und muß ihre Rechtmäßigkeit, wenn sie angefochten wird, vertreten. — Wenn die Obrigkeit die Konfirmation eines Vertrags versagt, so hat man es wohl nur mit ihr, als Gegner zu thun, so lange nicht ein Dritter aus der versagten Konfirmation ein Recht wider den andern sich zueignen will. — Wenn aber der Landesherr einen neuen Mahlgang bey einer Mühle erlaubt, weil die Gegend, besonders bey Mangel am Wasser im hohen Sommer oder bey strenger Kälte, an Mühlen Bedürfnisse hat, wenn aus dieser Konceſſion ein Müller für sich ein Recht ableitet, welchem der andere Müller aus einem prätendirten vertragsmäßigen Zwangsrechte einen Widerspruch entgegensetzt, so sind zwar im Rechte die beyden Müller streitende Theile, aber sie sind es nicht allein, denn auch die landesherrliche, auf das Gemeinwohl berechnete Handlung, ist selbst nach dem rechtlichen Gesichtspunkt dabey im Spiele, denn es kommt auf die Frage an, ob durch einen Privatvertrag ein dem Staate schädliches Zwangs-

recht gültig eingeführt, und gegen landesherrliche Koncessionen mit Rechtsbestand angeführt werden könne; hier ist nicht nur der Müller, sondern auch der Landesherr contradicirender Theil.

Aus diesen Beispielen kann man Regeln abziehen, nach welchen bestimmt werden muß, wer in solchen Streitigkeiten eigentlich als Partei zu betrachten sey. Ich stelle folgende Regeln auf: 1) wenn obrigkeitliche Handlungen als rechtsverletzend angefochten werden, aus welchen kein Dritter Rechte sich zueignen will, so ist nur die Obrigkeit der beklagte Theil. Nebst dem vom Vormund angeführten Beispiel wird der Satz durch eine von der Polizeygewalt unaufgefordert gegebene Verfügung, wodurch von einer Gegend die Wasser, oder Feuersgefahr abgewendet werden soll, erläutert. 2) Ganz entgegengesetzt ist aber die Obrigkeit gar nicht Partei, wenn von bloßen Gnadenverleihungen die Rede ist, woraus eine Privatperson Rechte für sich ableiten will, ohne daß die Obrigkeit bey Realisirung der Begünstigung für das Gemeinwohl interessirt ist. Das Beispiel ist in dem Fall vorhanden, wenn der Landesherr, ohne durch Mangel eines bestimm-

ten Gewerbes in einer Gegend veranlaßt zu seyn, für ein Gewerbe eine Koncession ertheilt, welche ein anderer als einen Eingriff in das ihm ausschließend verliehene Gewerbe ansieht.

3) Beyde, der Begnadigte und der Landesherr müssen hingegen als Widersacher betrachtet werden, wenn der Landesherr durch das Gemeinwohl zur Ertheilung der Koncession bewogen wurde, und der Begnadigte daraus ein Recht ableiten will; denn ein dagegen erhobener Widerspruch muß dahin gerichtet seyn, daß die Koncession des Landesherrn ein Eingriff in die Rechte des Klägers, und der Begnadigte zu der Handlung, welche er vornehmen will, nicht berechtigt sey; wie wollte die Privatperson das Gemeinwohl gegen die Widersprüche eines Dritten zu vertreten, sich anmaßen?

XXV.

Nach diesem Erforderniß macht bald der Mangel eines Klägers, bald der Mangel eines Beklagten, daß ein Gegenstand nicht Justizsache ist. Am Kläger gebricht es, wenn die oberste Gewalt nur aus Gründen für das Gemeinwohl Anordnungen trifft, oder ihren Gesetzen theils durch mächtige Realisirung ihrer

Verfügungen, theils durch Verhängung der Strafen den gebührenden Nachdruck giebt, bey der legislativen und executiven Gewalt ist kein Kläger vorhanden. Eben so mangelt es da, wo ein Unterthan zur Abwendung einer Strafe seine Vertheidigung führt, an einem Beklagten oder klagenden Theile: wenn der Unterthan von dem Soldatenstande, wozu ihn das Loos rief, loszukommen sucht, die Gründe vorlegt, warum er sogar nach den bestehenden Gesetzen zum Soldatenstande nicht gezwungen werden könne, so mangelt es noch immer am Beklagten, und der Gegenstand ist noch nicht Justizsache, bis er denjenigen, welcher durch Zwang zu diesem Stande seine Rechte verletzen will, zum Beklagten vor dem Richterstuhle macht, und mit einer Klage auftritt. Solange nicht ein Subjekt Rechte behauptet, und sie gegen ein Subjekt, welches diese Rechte nicht respektiren will, vor dem Richter geltend macht, solange ist der Gegenstand noch keine Justizsache.

XXVI.

III Die Aufforderung der richterlichen Hülfe zur Erhaltung seiner Rechte ist in einer Justizsache wesentlich, ohne Richter ist also kei-

ne Justizsache denkbar. Wäre in allen deutschen Territorien eine ganz zweckmäßige Organisation der Stellen, welche zur Staatsverwaltung erfordert werden, wäre überall Gesetzgebung, Vollziehung und Richteramt in besondere Stellen abgetheilt, so könnte über dieses Erforderniß, daß man nur bey dem Richter in Justizsachen Hülfe sucht, gar kein Zweifel vorkommen. Aber so richtig sind die Gränzen noch nicht abgesteckt, noch besorgt in vielen deutschen Staaten der Beamte auf dem platten Lande die Justiz, die Polizey, und sehr häufig die Administration der landesherrlichen Gefälle und Kammergüter. Die Landesdicasterien unter dem Namen eines Hofraths oder einer Regierung, rechnen nebst der Justiz auch alle Regierungssachen, alle Gegenstände nicht nur der höheren, sondern auch oft der niedern Polizey zu ihrem Wirkungskreise. Die Hofkammer hat nebst der Verwaltung der Domainen, und Kammergüter noch manche Zweige der Gerichtsbarkeit. In Reichsstädten formirt der Magistrat die eigentliche Regierungsgewalt, und ein Appellationstribunal, und noch Pütter *a*) rechnet es zu

a) Er sagt in seinen Instit. Iur. publ. §. 300. „Unde limites collegiorum soli Iustitiae di-

den Vorzügen, wenn ein Dicasterium seinen Wirkungskreis ausser den Justizsachen auf andere Regierungsgegenstände erstreckt. Diese sonderbare und fehlerhafte Organisation macht eine schärfere Untersuchung der Merkmale nothwendig, aus welchen man erkennen kann, ob die Staatsgewalt durch die richterliche, oder ob sie durch die legislative oder executive Gewalt auf einen Gegenstand wirkte, besonders, da nach der Form Vorstellungen im Rechtswege und Bitten im Gnadenwege sich wenigstens darin gleichen, daß man auch im Rechtswege um dasjenige bittet, was man als Recht zu fordern die Absicht hat. Ist das Daseyn eines Richters Bedingung des Daseyns einer wahren Justizsache, so muß ein Staatsbeamter, dem verschiedene Gewalten übertragen wurden, bey einem Gegenstand als Richter aufgefordert seyn, und in dieser Eigenschaft erscheinen.

XXVII.

Wie folgenreich diese Untersuchung sey, läßt sich aus nachstehenden Betrachtungen ab-

„catorum et praerogativae eorum, qui-
„bus simul aliae regiminis curae commissae
„sunt, intelliguntur.“

nehmen. In Justizsachen ist der persönliche Einfluß des Landesherrn beschränkt, und der Schluß nach Stimmenmehrheit in den Kollegien entscheidend; unbeschränkt ist der persönliche Einfluß des Landesherrn in allen übrigen Zweigen der Regierung seines Landes, der Schluß seiner Dicasterien nur als Beyrath nicht als Entscheidung, nur consultativ, nicht decisiv anzusehen: wie leicht es einem schlauen Anwalt gelingen, oder wie leicht ein Mißverstand veranlassen kann, daß eine ganz zweckmäßige Verfügung des Landesherrn in einer Sache als ein unerlaubter Einfluß des landesherrlichen Kabinets in Justizsachen verschrieen, und der Landesherr in einen unnöthigen Streit verwickelt werde *a*)! Solche Dicasterien drücken in ihren Beschlüßen nicht immer die Eigenschaft aus, in welcher sie handelten, ob als Gerichtshof, oder als Regierungskollegium, und zum offenbaren Nachtheil der zweckmäßigsten Staatsoperationen legt den Dicasterien derjenige, welchem die Verfügungen nicht gefallen, eine Ei-

gen-

a) Ein merkwürdiges Beyspiel siehe in meinen auserlesenen Rechtsfällen Band I. Seite 137. (Landshut 1801. 8.)

genschaft bey, wie sie seinem, dem Staatsbe-
sten entgegengesetzten Interesse gemäß ist, wel-
ches ihm um so eher gelingt, als meistens sol-
che Gegenstände von verschiedenen Seiten darge-
stellt werden können. Wie leicht kann so unter künst-
lichen Wendungen eine wahre Regierungssache in
eine Justizsache verdreht, und der Staat in der
Ausführung nüzlicher und rechtmäßiger Anstalten
verhindert werden! Ich mußte eine Sache ver-
treten, wo die Regierungsgewalt zur Emporhe-
bung des Bergbaues im Lande ein Berggericht
errichtete und allgemeine, aus dem Geiste des
Bergrechts ausgehobene, Normen vorschrieb,
worüber die Hofkammer mit ihrem Beyrathe,
aber nie mit Vertheidigung ihrer dabey
gar nicht befangenen Rechte vernommen war,
und dennoch wurden vom kaiserlichen Reichskam-
mergerichte gegen die Hofkammer plenarii ap-
pellationis processus erkannt, obgleich die Hof-
kammer noch niemals bey der Regierung, als
dem Richter erster Instanz, aufgetreten war,
und die zugestandene Suspensivkraft den Unter-
gang der wichtigen Bergwerke zur unvermeidli-
chen Folge gehabt hätte [b])! Hofkammern sind

b) Im zweiten Bande meiner auserlesenen Rechts-
fälle werde ich den am kaiserlichen Reichskam-

oft bey einer Sache als Partei von einer, und als Richter von einer andern Seite zu betrachten; wie leicht kann eine Verwechslung beyder Eigenschaften Richtigkeit im Verfahren, soweit der Gegenstand Justizsache ist, oder eine höchst schädliche Verwirrung, soweit er wirkliche Kammersache ist, erzeugen? — Sehr leicht könnte in einer wahren Justizsache die Verabsäumung der prozessualischen Förmlichkeiten eine Nullität, oder die Vernachlässigung der Fatalien die Rechtskraft eines Ausspruchs zur Folge haben, oder ein Polizey- oder Kameralgeschäft durch eine Verwechslung mit Justizsachen in prozessualische Weitläufigkeiten verflochten werden.

Wer über diesen Punkt Erfahrungen zu sammeln Gelegenheit hatte, oder den eben angeführten Betrachtungen nachdenkt, wird überzeugt seyn, wie wichtig und beschwerlich es sey, die Merkmale anzugeben, ob ein Dicasterium vermöge der richterlichen Gewalt, oder vermöge der legislativen oder executiven Gewalt bey einem Geschäfte erscheint, ob es also mit Rückmergerichte übergebenen Exceptionssatz dem Publikum vorlegen.

sicht auf die einwirkende Staatsgewalt als Justizsache zu betrachten sey oder nicht.

XXVIII.

1) Vor allem kömmt es auf den Gegenstand selbst an. Ist derselbe an sich keine Justizsache, so muß ein besonderer Grund, eine specielle Handlung vorhanden seyn, durch welche am Gegenstand das streitige Recht zum Objekte der Prüfung gemacht wird. Von Gegenständen dieser Art muß demnach als Regel angenommen werden, daß sie bey einem Collegium, wenn es auf den Gegenstand, auch soweit er keine Justizsache ist, wirken konnte, nicht in der Eigenschaft eines Justizhofes angebracht wurden.

2) Hiernächst sehe man auf die bey einer Sache vorkommenden Subjekte. War nämlich die Vorstellung nicht auf Anerkennung eines schon bestehenden Rechtes gegen ein Individuum oder auf Realisirung desselben gerichtet, suchte Jemand erst ein Recht zu erlangen, wie wir bey den verschiedenen Gesuchen um landesherrliche Koncession wahrnehmen, so war weder ein Anspruch, noch ein Subjekt, gegen welches der Anspruch gerichtet war, also weder ein Kläger,

noch ein Beklagter vorhanden; folglich der Gegenstand selbst in seiner bisherigen Lage keine Justizsache. Machte er aber Ansprüche auf ein Recht, Anträge gegen ein Individuum, so ist die Eigenschaft einer Justizsache am Gegenstand unverkennbar; also auch die Aufforderung der richterlichen Gewalt zu vermuthen.

3) Auch der Zweck des Subjekts, welches bey der Staatsgewalt mit einer Vorstellung auftrat, und eine Entschließung darauf erhielt, kann zum Maasstab dienen, wenn man wissen will, ob die Sache Justizsache sey oder nicht. Wenn ein zu einer Strafe Verurtheilter um Nachlaß von der Strafe bittet, die Rechtmäßigkeit der zuerkannten Strafe nicht anficht, sondern nur aus subjektiven Gründen das Mitleid der Strafgewalt zu rühren sucht, wer wird hier eine Justizsache erkennen, gesetzt auch, daß der Schuldige durch einige vorübergehende Blicke auf den Rechtspunkt das Auffallende seiner Handlung mildern wollte? Wer eine Konzession nur als landesherrliche Gnade sucht; wer nur Vorschläge zu Beförderung des inländischen Verkehrs macht; wer aus Rücksicht auf öffentliches Wohl, um Schaden vorzubeugen, um

das Kommerz, inländische Fabricken u. s. w. empor zu heben, eine Begünstigung oder eine allgemeine Verordnung sucht, wenn auch alle seine Vorschläge auf seinen Privatvortheil abzielen, der will kein Recht geltend machen, sollte er auch etwas von Rechtsgrundsätzen einmischen, welche auf seine Vorschläge Bezug haben. Aus dem allgemeinen Vortheil kann keiner ein Recht ableiten, denn nur die auf sein Recht bindende Gründe kann der Kläger zur Behauptung seines Rechts anführen, und auf diese Weise können sogar die Mittel, der sich jemand zur Erreichung seiner Absichten bedient, die Gründe, worauf er baut, einen Maasstab für die Interpretation seines Zwecks abgeben. Wo auf Seite des Impetranten Rechtsverfolgung nicht Zweck ist, da kann er sich an das Dicasterium in der Eigenschaft eines Richters zu wenden nicht die Absicht haben.

XXIX.

4) Gerichtsbarkeit in einem vorkommenden Streite und Fähigkeit zum Richteramte sind Bedingungen, ohne welche Niemand als Richter betrachtet werden kann, insbesondere gilt auch bey den mit Gerichtsbarkeit in einer

Rücksicht versehene administrativen Stellen, daß sie in eigner Sache nicht urtheilen, da nicht richten können, wo sie Partei sind. Ist also ein Gegenstand an sie gebracht, worüber sie als Richter zu entscheiden nicht vermögen, so kann keine Prorogation, keine künstliche Wendung ihnen die Eigenschaft eines Richters, zu der sie als Partei durchaus unfähig sind, verschaffen. Selbst wenn ihnen die Gründe für das Recht ihres Gegners ausführlich vorgelegt wurden, wenn man bey ihnen das Recht in Anspruch nahm, steht die Handlung nur in der Linie der Aeusserungen von Partei zur Gegenpartei, und ihre darauf gefaßten Beschlüsse sind keine Entscheidung, sondern nur Rückäusserungen an ihren Gegner, denn vor Ausbruch eines Rechtsstreits kann jeder Theil seinem Gegner die Gründe seines Rechts vorlegen, um ihn zur Anerkennung des Rechts ohne Prozeß zu bewegen, und einen Rechtsstreit dadurch vorzubeugen, ohne daß dadurch die Partei zum Richter gemacht wird, was absolut unmöglich ist. Die Nachlaßgeschäfte bey Miethverträgen über Kammergüter und Zehenten, Irrungen über Holz- und Waldgerechtigkeiten, Gränzstreitigkeiten bey Kammergütern und ähn-

liche Gegenstände, bey welchen eine administrative Stelle nur als Partei erscheint, gehören in die Klasse der Fälle, wo ein solches Kollegium niemals in der Eigenschaft eines Richters betrachtet werden kann, deren Beschlüsse und Aeusserungen, wenn sie auch in anderer Rücksicht Gerichtsbarkeit haben, niemals ein Urtheil, wiederholte Erklärungen kein Inhäsivbescheid werden, also auch eine Appellation weder nöthig noch erlaubt machen, da man doch keinen Richter der höhern Instanz sich denken kann, wo eine erste Instanz und ein Bescheid eines untern Richters nicht vorhergieng! Ueberhaupt sind die sogenannten Extrajudicialappellationen da, wo keine erste Instanz vorangeht, nicht nur an sich ein Widerspruch, sondern sie erzeugen auch wegen der Suspensivkraft einer Appellation, wegen der Appellationssummen und Feyerlichkeiten theoretische und praktische Nachtheile, und werden, wie ich unten noch in einer besondern Abhandlung zeigen werde, höchst fehlerhaft da angewendet, wo die Obrigkeit Partei ist.

Zu dieser Klasse zähle ich alle Fälle, wo gegen obrigkeitliche Anordnungen die Untertha-

nen Vorstellungen machen, in welchen sie die Obrigkeit durch eine ausführliche Darstellung der Unrechtmäßigkeit einer Anordnung von der Verletzung ihres Rechts abzubringen suchen. Sie haben es hier nur mit demjenigen zu thun, welcher zwar die Beschwerde selbst heben, und den Rechtsstreit hierdurch entbehrlich machen kann, der aber, sobald von Anerkennung des streitigen Rechts die Frage ist, Partei wird, also auch vorher in eigner Sache nicht Richter seyn kann. Blicken wir auf das Beispiel der Brennherrn zu Nordhausen (§. XXI.) zurück. Der Magistrat machte eine Staatsanlage auf die Blasen, die Brennherrn hielten dadurch ihre Rechte für verletzt, versuchten aber ehe sie gerichtliche Hülfe reklamirten, den Magistrat von der Unrechtmäßigkeit dieser Auflage zu überzeugen; zwischen wem wollte der Magistrat richten? Die Rechtmäßigkeit seines Schritts war in der Frage: er hätte also in seiner eignen Sache den Richter machen müssen; daß er bey Fassung einer Entschließung auf diese Vorstellung auch Rechtsgründe in Erwägung ziehen mußte, schafft ihn nicht in einen Richter um, denn auch die Partei muß die rechtlichen Gründe für und gegen ihre Schritte überlegen,

wenn sie sich nicht eine gegründete Klage ihres Gegentheils zuziehen will.

XXX.

5) Besondere Vorsicht ist hierin den administrativen Stellen selbst da nothwendig, wo sie zwar Gerichtsbarkeit haben, aber wo ihnen bey einem Gegenstande in anderer Rücksicht die Eigenschaft einer Partei anklebt, damit sie nicht in Ausübung ihrer Jurisdiction in einen Punkt übergreifen, bey dem sie nur als Partei zu betrachten sind. Bey fürstlichen Hofkammern, welche die Gerichtsbarkeit über ihre Administratoren haben, ist darin große Behutsamkeit nothwendig, daß kein Urtheil auf Gegenstände, wo das Kollegium Partei ist, erstreckt werde. Ich will es mit einem sehr interessanten Falle erläutern.

Bey dem Einmarsch eines feindlichen Heeres kam besonders die feindliche Generalität in ein fürstliches Gebäude, welches dem Beamten zur freyen Wohnung als Theil seines Gehalts angewiesen war. Die Kosten für den Unterhalt derselben beliefen sich auf eine große Summe, und der Beamte, welcher zugleich fürstliche Ein-

künfte zu verwalten hatte, brachte diesen Aufwand bey der Rechnung in Ausgabe. Die fürstlichen Verordnungen verbieten allen Kameralbeamten eine ausserordentliche Ausgabe ohne Hofkammerbewilligung in Aufrechnung zu bringen, und da diesem Posten das Bewilligungsdekret mangelte, so machte der Revisor darüber ein Monitum, weil dieser Posten mit einem Erlaubnißdekret zur Verrechnung nicht belegt war. Sehr klug mußte hier das Benehmen der Hofkammer abgemessen seyn, denn sie handelte nur über die geführte Verwaltung als Richter; bey der Frage: ob der Staatsdiener den gemachten Aufwand vom Staate zurückfordern könne? war sie aber nicht Richter, sondern mehr Partei. Wollte sie also in den Gränzen ihrer Gerichtsbarkeit bleiben, und allen Uebergriff in Gegenstände, woelche auser ihrer Kompetenz liegen, vermeiden, so mußte sie sich an die Form der Aufrechnung streng halten, diese als eigentlichen Entscheidungsgrund in ihrem Erkenntnisse ausdrücklich bemerken, und dem Beamten die Ausführung seines Anspruchs auf Ersatz dieser Kosten contra quemcunque in foro competente ausdrücklich vorbehalten.

XXXI.

6) Wenn eine jede Obrigkeit eine aus allgemeinen Grundsätzen und selbst durch die Reichsgrundgesetze begründete Vermuthung für sich hat, so muß bey ihren Handlungen allemal diejenige Eigenschaft im Zweifel angenommen werden, bey welcher ihre Schritte als rechtmäßig erscheinen können. Würde demnach die Obrigkeit zu einer gegebenen Entschließung als Richter bey einer Justizsache nicht befugt seyn, so muß man vermuthen, daß sie auf den Gegenstand nicht mit der richterlichen, sondern mit der legislativen oder vollziehenden Gewalt wirken wollte, und nach diesem Gesichtspunkt muß man ihre Entschließung betrachten, so lange nicht der Gegenstand unbezweifelt eine Justizsache ist, und bey ihm nur die richterliche Gewalt wirken kann.

7) Insbesondere gilt dieses von Anordnungen, wozu keine richterliche Gewalt befugt ist, von Anstalten, Gesetzen u. dgl. worin auf Rechte eines Individuums gar nicht gesehen wird, also auch keine Absicht liegen kann, über Rechtsverhältnisse unter den Parteien eine Entscheidung zu geben. In dem oben (§. XXVII.)

bemerkten Falle, hatte die Regierung, Namens des Landesherrn, die Gränzen der Bergwerks-gerichtsbarkeit durch eine allgemeine Norm regulirt, nach Bergrechten die Befugniß zu schürfen, gegen Ersatz des verursachten Schadens gesezlich sanctionirt; wer kann es mit richtigen Grundsätzen vereinbaren, wenn der Stadtmagistrat, der hierdurch seine Rechte verletzt glaubte, diesen Ausfluß der Regierungsgewalt in ein Urtheil umdrehte, um Appellationsprozesse gegen die Hofkammer zu bewirken, welche nur das Bergregal, aber nicht die landesherrlichen Anordnungen der Gerichte, nicht die Gesetze des Landesherrn als Partei zu vertreten hat? Mit solchen Wendungen hätte man am Ende auch den Landesherrn einer unerlaubten Einmischung seines Kabinets in Justizsachen beschuldigen können. Verfügungen, welche nicht der Richter, sondern die Regierungsgewalt zu machen berechtigt ist, sind in ihrer Lage zur Zeit der erlassenen Regierungsverfügung keine Justizsache, denn es ward hier nichts über streitige Rechte eines Individuums entschieden; ein Urtheil lag ausser dem Zweck des handelnden Subjekts, die Eigenschaft eines Richters kann also dem Regen-

ten, der die richterliche Gewalt nicht ausüben wollte, nicht aufgebürdet werden.

XXXII.

8) Auch die in solchen Entschließungen vorgebrachten Gründe können dazu dienen, um die Eigenschaft, in welcher der Landesherr oder seine Dicasterien handelten, ausser Zweifel zu setzen. Daß es ein Ausfluß der richterlichen Gewalt ist, wenn ein Factum geprüft und unter das Gesez subsumirt wird, um unter den Parteien zu entscheiden, wer Recht hat, läßt sich nicht läugnen. Aber eben so unwidersprechlich kommt die richterliche Gewalt nicht in Anwendung, wenn die Regierung, abgesehen von den auf die Rechte der Parteien abzielenden Gründen, nur auf das öffentliche Wohl sieht, und seine Entschließung nur aus Gründen für das Gemeinwohl faßt.

9) Am zweckmäßigsten ist es wohl, wenn deutsche Landesdicasterien, welche neben der Eigenschaft eines Justizhofes noch andere Eigenschaften an sich tragen, in solchen Gegenständen oder Entschliessungen, bey welchen über ihre Eigenschaft Zweifel erregt werden könnte, die

Eigenschaft ausdrücken, in welcher sie eine Verfügung machten, welches besonders da nothwendig ist, wo sie nicht als Richter handeln, sey es nun, daß sie die Eigenschaft nennen, oder durch eine Wendung, wodurch das rechtliche am Gegenstande bey Seite gesetzt wird, andeuten.

XXXIII.

IV. Ohne Aufforderung der richterlichen Hülfe ist kein Rechtsstreit wirklich vorhanden. Diese geschieht in einer Handlung des Klägers, worin er sein Recht darlegt, und bestimmt anführt, worüber, gegen wen und wie er in seinem Rechte geschützt zu werden verlangt. So grosse Vorsicht den landesherrlichen Stellen nöthig ist, um falschen Deutungen ihrer Beschlüsse und Verfügungen vorzubeugen, eben so grosse Vorsicht muß in Abfassung der Vorstellungen an den Landesherrn oder seine Stellen angewendet werden, damit nicht Gesuche auser dem Rechtswege angebracht als Klagen oder gerichtliche Verhandlungen, oder umgekehrt, behandelt werden. Gerichtliche Verhandlungen sind meistens an bestimmte Formen in den Rechtsanträgen, in den Rubriken der Schriften gebunden, und lassen selten eine schiefe Deutung zu,

desto eher ist es im umgewandten Falle mög, lich. Es ist also am besten, bey einem als Rechtssache anzubringenden Gegenstand ihn nur von der rechtlichen Seite darzustellen, ihn zur Justizsache gehörig zu qualificiren, und bestimmt zu erklären, daß man hier nur im Rechtswege handle. Dagegen aber da, wo man nicht an den Richter, sondern an die legislative oder vollziehende Gewalt sich wendet, den Gegen, stand also nicht als Justizsache behandelt sehen will, dieses deutlich zu erklären, und bey dem mindesten Zweifel zu zeigen, daß nach dem Gesichtspunkt, aus welchem man die Sache hier vorstellt, eine Justizsache nicht vorhanden sey.

XXXIV.

Nach dieser ausführlichen Erörterung wird es sichtbar, daß nicht nur den Polizeysachen, sondern allen andern Gegenständen, wo es der Verfolgung eines Rechts im gerichtlichen Wege nicht gilt, die Justizsachen entgegengesetzt sind; sichtbar, daß eine Untersuchung über die unter, scheidenden Merkmale zwischen Justiz, und Po, lizeysachen das Ganze dieser Lehre nicht erschöpfe, so ängstlich auch um ihre Zergliederung die

Rechtslehrer bemüht waren. Sie unterscheiden sich im Zwecke, da bey Polizeysachen nur das Gemeinwohl, nur Abwendung gemeinschädlicher Uebel, niemals aber die Entscheidung über das Rechtsverhältniß in der Frage steht; bey Justizsachen hingegen nur zur Entscheidung des Rechts unter den Parteien der Richter berufen ist. Sie unterscheiden sich in den Subjekten, da ohne Kläger und Beklagten kein Richter, kein Verfahren von Amtswegen existirt; in Polizeysachen aber der Staat wegen seines unmittelbaren Interesse auch unaufgefordert einschreitet. Sie unterscheiden sich in den Mitteln, da die Maasregeln in Polizeysachen nur nach dem Gemeinwohl, die Urtheile des Richters aber nur nach den Gründen, welche für das Rechtsverhältniß der streitenden Theile gültig sind, berechnet werden können. Sie unterscheiden sich in den Handlungen, wodurch sie erledigt werden. Justizsachen müssen im Wege des gerichtlichen Verfahrens behandelt werden; Polizeysachen sind an ein solches Verfahren nicht gebunden, sie erhalten nach Zeit, Ort und Umständen ihre Bestimmung, sie unterscheiden in den Staatsgewalten, als dem Grunde

des

des Einflusses, welchen der Staat auf einen Gegenstand hat. Bey Justizsachen ist es die richterliche Gewalt, welche nur berufen ist, das Factum unter das Rechtsgesetz zu subsumiren, um unter den Parteien in einem concreten Falle die Rechte zu entscheiden, wozu die gerichtliche Prüfung über die Wahrheit des streitigen Falls als das Mittel zum Zwecke gehört; in Polizeysachen (den Ausdruck in allgemeiner Bedeutung genommen) hingegen ist bald die legislative Gewalt in Aufstellung allgemeiner Normen, bald die vollziehende in Subsumtion concreter Polizeyfälle unter diese Normen thätig *a*).

XXXV.

Die bisherige Untersuchung führt uns aber auch zu der wichtigen, seither ganz vernachlässigten Bemerkung, daß ein und der nämliche Gegenstand von der Seite einer Rechtsverletzung betrachtet, Justizsache, und von der Seite seines Zusammenhangs mit dem öffentlichen Wohl, Regierungs, oder Polizeysache seyn kann, auch bey Kreissachen kann der nämliche Gegenstand, abgesehen vom damit befangenen

a) Man sehe Berg Polizeyrecht Th. I. S. 132.

Rechte, die ökonomische oder militärische innere Kreisverfassung betreffen, und nach der Rücksicht auf das dabey einschlagende Recht eines Individuums Justizsache seyn. Zur Justizsache wird ein Gegenstand, soweit als von Rechtsverletzung dabey die Frage ist. Diese Eigenschaft hängt von einer Seite ab, aus welcher man die Sache betrachtet, nur insoweit können alle Gegenstände, Staatssachen, Hoheitsrechte u. s. w. in eine Justizsache übergehen (§. XVII.). Aber wer wird behaupten, daß solche Gegenstände nur von dieser Seite betrachtet werden können, daß die Eigenschaft einer Justizsache alle übrigen Eigenschaften eines Objekts, alle seine übrigen Verhältnisse vernichte, daß alle übrige Staatsgewalten gelähmt seyen, wenn ein Objekt von Seite des Rechts der richterlichen Gewalt zum Ausspruch unterlegt ist? Und doch liegt diese Behauptung in der bisher gewöhnlichen Darstellung, bey welcher man alle Gegenstände nur in Justiz, und Polizeysachen abtheilt, die Verschiedenheiten zwischen beyden aufsucht, und jeden Gegenstand nur zu einer von beyden Klassen rechnet. Treffen doch Moral und philosophische Rechtslehre an einer Handlung als verschiedene Gesichtspunk-

te zusammen, aus welchen die Moralität oder Rechtmäßigkeit einer Handlung beurtheilt wird.

XXXVI.

Wie falsch diese Lehre sey, läßt sich durch unumstößliche Gründe beweisen, und durch die schädlichen Folgen derselben bestärken, welche zugleich die Ueberzeugung bewirken, daß zunächst durch diese falsche Darstellung die Erforschung der Wahrheit am meisten erschwert wurde.

Gesetzgebende, vollstreckende und richterliche Gewalt, wenn man sie als wissenschaftliche Abtheilungen der Rechte der obersten Gewalt betrachten will (mein Satz paßt aber auf jede Klassifikation der Hoheitsrechte), sind coordinirte Gewalten, deren jede in ihrer Sphäre unabhängig von der andern, und ohne die andere in ihrem Kreise zu stöhren, wirkt. Jede hat ihre besondern Zwecke, ihre eignen Bestimmungsgründe, ihre eignen Mittel zu ihrem Zwecke; es würde also der größte Widerspruch seyn, wenn man einen Gegenstand, welcher nach einer Seite zu einer dieser Gewalten ressortirt, dieser Gewalt nach allen Seiten zutheilen, und die Wirksamkeit aller andern Gewalten auf

den Gegenstand nach andern Rücksichten vernichten wollte. Als wenn der Staat keine gesezgebende, keine vollziehende Gewalt hätte, weil es jemand gefällig war, die richterliche Gewalt aufzufordern! Behauptet man doch nicht, daß ein Objekt, auf welches die legislative Gewalt wirkt, nicht mehr Justizsache seyn oder werden könne, warum soll nur die richterliche Gewalt zu einer alles verschlingenden Gewalt umgeschaffen werden? Eingreifen kann freylich die vollziehende Gewalt in dem Punkte nicht, welchen die richterliche durch Subsumtion unter das Rechtsgesetz zu entscheiden hat, dies würde dem Grundsatze von coordinirten Gewalten widersprechen. Aber es würde eben so widersprechend seyn, wenn die richterliche Gewalt der legislativen oder vollziehenden ein Hinderniß in denjenigen Rücksichten machen wollte, bey welchem es an einem Objekte nur der Sorge fürs Gemeinwohl, keinesweges der Subsumtion unter das Rechtsgesetz gilt. Doch soll vorerst noch auf die schädlichen Folgen der hier widerlegten Lehre ein Blick geworfen werden, ehe ich die Gründe a priori vollständig darlege.

XXXVII.

Zwey Bürger streiten, wer verbunden sey, eine Mauer repariren zu lassen, es gilt dem Rechte, der Gegenstand ist eine Justizsache. — Aber von der schleunigen Reparatur hängt die Erhaltung zweyer Gebäude ab, welche den Einsturz drohen! — Soll der Staat müssig zusehen, wie die Gebäude während des Prozesses einfallen, und den vorübergehenden Bürger erschlagen? — Ueber die Verbindlichkeit, einen Wasserbau zu unterhalten, ist ein Streit, es ist eine Rechtssache; aber bis sie im Rechtswege geendigt ist, durchbricht der Fluß den schadhaften Damm, und verwüstet eine ganze fruchtbare Gegend! Soll der Arm der Polizey ganz gelähmt seyn, weil zwey Bürger es für gut fanden, über den Gegenstand einen Prozeß zu führen? — Die Metzgerzunft giebt eine Taxe für unverhältnißmäßig gering aus, sie beschwert sich über verletztes Recht, und sie kann es, weil kein Bürger gezwungen werden kann, sein Vermögen durch nachtheiligen Verkauf bey einem öffentlichen Gewerbe zu verliehren. Es ist eine Justizsache. — Aber soll die Zunft sich bis zur Entscheidung des Prozesses die Taxe selbst machen können? — Ein Weinhändler wird wegen ver-

fälschten Weinen von der Polizey untersucht. Er glaubt die Untersuchung, wornach sein Wein für unächt erklärt und der Verkauf verboten wurde, sey nicht in gehöriger Ordnung gepflogen; er klagt über Verletzung seiner Rechte, der Gegenstand ist insoweit eine Justizsache. Aber soll er bis zum Ende des Streits den Wein verkaufen dürfen, soll der Arm der Polizey ganz gelähmt seyn? — Der Landesherr verbietet die Ausfuhr des Getraides, weil er Mangel an Lebensmitteln in seinem Lande besorgt. Die Landstände behaupten, daß ohne ihren Konsens der Landesherr das Gesetz nicht machen könnte; sie klagen also über verletzte landständische Rechte, die Sache ist insoweit eine Justizsache. — Aber soll der Staat, während der Streit im Rechtswege unter mannichfaltigem Verzuge verhandelt wird, der Gefahr einer Hungersnoth Preis gegeben werden?

So etwas läßt sich gewiß nicht behaupten; denn hierdurch würde der Satz aufgestellt, daß die ganze Gewalt des Landesherrn, die Landeswohlfarth, der Staat selbst von irgend einem Widerspruche abhängig seyen, welchen wer immer im Rechtswege der landesherrlichen Anord-

nung entgegen zu setzen für gut fände; man müßte den absurden Grundsatz annehmen, daß jeder Unterthan die landesherrliche Gewalt durch irgend eine gegründete oder ungegründete Klage bey dem Richter wenigstens auf solange suspendiren könne, bis die Klage vom Richter für unstatthaft erkannt würde!

XXXVIII.

Vielmehr zeigen diese Beispiele, daß, wenn auch Justizsachen von Regierungssachen unterschieden sind, dennoch Fälle möglich seyen, welche von einer Seite die Rechte der Parteien als Justizsache betreffen, und von der andern Seite den Staat als Regierungssache interessiren; daß also beyde Eigenschaften an einem Objekte coexistiren können, eine Eigenschaft die andere nicht aufhebt, die Sache nicht aufhört, Regierungs- oder Polizeysache zu seyn, weil sie von einer andern Seite Justizsache ist.

Können am nämlichen Objekte beyde Eigenschaften zugleich neben einander bestehen, so sind auch die Bedingungen der Wirksamkeit beider Staatsgewalten purificirt, so behält der

Regent nach jeder Eigenschaft eines Objekts die ihr korrespondirenden Hoheitsrechte, er wirkt mit der rechtsprechenden Gewalt auf dasselbe, soweit es Justizsache ist, und mit der Polizeygewalt, soweit es zu den Polizeysachen gehört. Jede trifft als eine coordinirte Gewalt in ihrer Sphäre alle diejenigen Vorkehrungen, wozu sie berechtiget wäre, wenn der Gegenstand nach einer andern Ansicht auf die andere Staatsgewalt gar keinen Bezug hätte, eine Gewalt hebt die andere auch am nämlichen Objekte nicht auf.

Sage man nicht, der Richter könne durch ein Provisorium helfen! Ein Provisorium des Richters kann nicht auf Grundsätze des Staatswohls berechnet seyn, denn als Richter ist er auch in Provisionalverfügungen nur zur Bestimmung der Rechte unter den Parteien, unbekümmert ums Gemeinwohl, berufen; der Richter hat es nur mit Rechten zu thun, Sorge fürs Gemeinwohl liegt ausser seiner Sphäre. Jede Staatsgewalt, die richterliche neben der legislativen oder vollziehenden wirkt als coordinirte Gewalt auf das Objekt, so, daß eine in die andere nicht übergreift, eine die andere nicht aufhebt.

XXXIX.

Bald ist die Sphäre der Justizgewalt vorgezeichnet; unbekümmert um die Staatswohlfarth hat der Richter sowohl bey seinen Definitivurtheilen, als da, wo er Provisionalverfügungen erläßt *a*), nur den Zweck, die streitigen Rechte unter den Parteien zu entscheiden, das Factum zu untersuchen, die Wahrheit zu erforschen nach der vorgeschriebenen Bahn des Prozesses, ist das dazu nöthige Mittel, und jede Verfügung des Richters muß nur das Resultat einer Subsumtion des Factums unter das Rechtsgesetz seyn; keine andern Gründe, als welche die Iura partium betreffen, dürfen den richterlichen Ausspruch bestimmen; nicht die Gründe aus dem Gemeinwohl, welche dem Gesetzgeber ein Gesetz über Rechtsverhältnisse anrathen, sondern das Gesetz muß der Richter seinem Ausspruch zum Grunde legen. Daß Alimente mit Arrest nicht belegt werden, daß auch während des Streits der Ehemann seiner Gattin Alimente reichen muß, verfügt der Richter, nicht weil er sorgt, damit kein Bürger im

a) Schneidt s. resp. Heffner Meditationes de remediis provisoriis, quatenus sunt Iuris privati. Wirzeburg 1789. 4.

Staate verhungere, sondern weil es nach den Verhältnissen des streitigen Objekts den Rechtsgesetzen gemäß ist. Die Gesetze über den Prozeß sind die Norm für das richterliche Verfahren, und die Gesetze über Rechte und Verbindlichkeiten die Quelle seiner Entscheidungen, nur in diese, nur in die hieraus fließenden Rechte der Parteien darf der Richter eingehen, alle Sorge fürs Gemeinwohl muß er nach den übrigen Ausflüssen der obersten Gewalt denjenigen überlassen, welchen diese Sorge anvertraut worden ist *b*).

XL.

Schwieriger ist es, die Gränzen der Regierungs, oder Polizeygewalt bey Gegenständen, welche auch noch nebenher die Qualität einer Justizsache an sich tragen, abzustecken. Auch unter dem Vorwande der Polizey darf der Regent wohlerworbene Rechte nicht verletzen, und

b) Sehr schön hat nach eben diesen Grundsätzen die Gränzlinie zwischen der Kriminal- u. Polizeygewalt gezogen Gregel s. resp. Haus, Dissertat. de potestatis politiae et criminalis nexu et differentia praesertim in causis criminalibus plena criminis probatione deficiente vel poena legali ad securitatem reipublicae haud sufficiente. Wirzeburg 1799. 4. §. 16. u. ff.

bey Ausübung der Polizeygewalt in Sachen, welche schon nach dem Rechtspunkte der richterlichen Kognition unterworfen wurden, liegt die Ausübung der Regierungsgewalt an einem Eingriff in fremde Rechte so nahe! Soll nun weder in der Form noch in der Materie eine Anordnung der gesetzgebenden oder vollziehenden Gewalt fremde Rechte verletzen, soll sie kein Uebergriff in die richterliche Gewalt seyn, so darf sie nicht die Form einer Entscheidung des Rechts haben; sie darf nichts in dieser Parteisache erkennen, die Verfügung muß auf das Objekt, worin die Staatsgewalt einschreitet, abgesehen von streitenden Theilen, gerichtet seyn, sie muß schon in der Form nicht auf Auseinandersetzung der Verhältnisse unter den Parteien, sondern auf Besorgung des Staatsinteresse abzielen. Verliehren sich beyde Rücksichten ganz in einander, so ist es sehr gut, wenn die landesherrliche Anordnung die Rücksicht mit einiger Ausführung ihrer Gründe ausdrückt, nach welcher die oberste Gewalt auf das Objekt, ob es gleich nach einer Ansicht Justizsache ist, mit andern Hoheitsrechten wirken kann. Nach dem Inhalt der Verfügung darf nichts, was Rechte der Parteien angeht, die

Polizeyverfügung begründen, hier muß, abgesehen vom Rechte, nur nach Gründen des Gemeinwohls eine Anordnung abgemessen werden, sie selbst darf keine direkte Verletzung der Rechte enthalten, den Justizlauf nicht hemmen, und muß so im Gleichgewichte stehen, daß die Rechte der Parteien noch unverletzt und aufrecht erhalten werden, indem der Regent fürs Gemeinwohl sorgt, da ihm diese Sorgfalt keine Befugniß gibt, über Rechte nach Willkühr zu disponiren. Insbesondere muß bey solchen Polizeyverfügungen darauf gesehen werden, daß die Realisirung desjenigen, was die richterliche Gewalt dereinstens einen der streitenden Theile zuerkennt, noch als möglich erhalten werde, wozu Kautionen besonders gebraucht werden können.

XLI.

Den Beweiß dieser Behauptung, daß auch an Justizsachen während des Laufs eines Prozesses die übrigen Hoheitsrechte neben der richterlichen Gewalt noch insoweit fortwirken können, als der Streitgegenstand, vom Rechtspunkte abgesehen, auf sie Bezug hat, kann man

nicht nur, wie gezeigt worden, aus der Natur der Sache führen, nicht nur durch die aus dem Gegentheil entstehenden absurden Folgen bestärken, sondern auch aus dem Anerkenntniß unserer Reichsgesetze liefern.

Nach den kaiserlichen Wahlkapitulationen soll den Ständen weder von den Reichsgerichten, noch sonst jemand in ihre Landeshoheits- und Regierungsrechte, besonders in Polizey- Kameral- Militär- und Gnadensachen sub quocunque praetextu vor, oder eingegriffen werden a). Wer vermag aber zu läugnen, daß wirklich die Eigenschaft einer Justizsache nur zum Vorwand gebraucht würde, wenn man an solchen zum Prozeßgegenstand genommenen Sachen den Landesherrn aller Rechte berauben wollte, welche ihm, ausser der Rücksicht auf die Rechtssache, am Streitgegenstand als Landesherrn zustehen, und wenn man hierdurch die Wirkung viel weiter, als die Ursache reicht, ausdehnen wollte? Sind die Gegenstände des Streits Regierungssachen, bey welchen die Obrigkeit als Beklagter erscheint, so verordnet

a) Wahlkap. Art. I. §. 8.

die kaiserliche Wahlkapitulation b) nicht nur, daß vorher die Obrigkeit mit Bericht vernommen werde, sondern auch, daß wenn auf eingekommenen Bericht die Klage gegründet und die Erkennung der Prozesse nothwendig scheint, immittelst gleichwohl sie (die Unterthanen) zum schuldigen Gehorsam gegen ihre Obrigkeit angewiesen werden, wodurch der Satz bestärkt ist, daß sogar nach erkannten Prozesse in Klagen der Unterthanen wider ihre Obrigkeit die landesherrlichen Rechte durch den erhobenen Rechtsstreit in ihrer Wirksamkeit nicht gestöhrt werden. Sind es hingegen Streitigkeiten der Privatpersonen unter sich, nicht direkte Klagen wider die Obrigkeit, so hat der jüngste Reichsabschied eine Verordnung gemacht, über deren Sinn schon viel gestritten wurde, auf welche man bisher die ganze Lehre vom Unterschied zwischen Justiz- und Polizeysachen baute, und welche doch so deutlich und in Harmonie mit den allgemeinen Grundsätzen ist, wenn man richtig in ihren Geist eindringt.

b) Art. XIX. §. 7.

LXII.

Der jüngste Reichsabschied verordnet *a*):

„Wie nun solches von den causis mandatorum
„et simplicis querelae eigentlich zu verstehen,
„allwo der Bürger und Unterthan direkte wider
„seine Obrigkeit klaget, also soll es daneben
„auch gehalten werden, wenn Sachen, die
„der, bey einem Stand insgemein eingeführter
„guter Polizey, Zunft, und Handwerksordnung
„anhangen, durch Appellation an Unser kais.
„und des heil. Reichskammergericht gezogen
„werden wollen, daß der Richter, ehe er die
„Prozeß erkennet, jedes Orts Obrigkeit und
„des Status publici mit einlaufendes Interesse,
„mit seinen Umständen wohl erwägen, für-
„nemlich aber in dergleichen Sachen keine In-
„hibition leichtlich erkennen, sondern dafern
„solche Sache wider selbigen Orts hergebrachte
„vernünftige, und den Reichskonstitutionen
„nicht ungemäße Handwerks, und andere recht-
„mäßige Ordnung laufet, zu Abschneidung des
„in den Reichskonstitutionen so hoch verbotte-
„nen Auftreibens, und Scheltung der Meister
„und Gesellen, und andere Ungelegenheiten,

a) §. 106.

„ab, und an des Orts Obrigkeit, als die ohne
„das den Gewalt haben, dergleichen Statuta
„nach Gelegenheit der Läufft, und Zeiten zu
„widerrufen und zu ändern, verweisen (solle).“

Man würde sehr irren, wenn man in dieser Verordnung die Beantwortung der Frage suchte, worin sich Justizsachen von Polizeysachen unterscheiden, oder in wieferne eine Appelation in Polizeysachen erlaubt sey. Nichts von beyden wollten die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds entscheiden, und darum blieb die Stelle bisher so zweifelhaft, weil man ein für allemal eine dieser Fragen, wonicht gar alle beyde in diesem Gesetze entschieden sehen wollte. Genau unterscheidet das Gesetz causas mandati und simplicis querelae, allwo der Bürger und Unterthan direkte wider seine Obrigkeit klagt, von denjenigen Sachen, welche durch Appellation an das Kammergericht kommen, und der guten Polizey anhängen. Im ersten Fall wird eine Klage des Unterthans wider die Obrigkeit vorausgesetzt, das heist, eine Klage über Rechtsverletzung bey Ausübung der ober-

sten

sten Gewalt, diese Klage wird als eine Klage wider die Obrigkeit, nicht als Polizeysache, nicht als Appellationssache betrachtet, und an ihre besondere Bestimmungen verwiesen, welche die Wahlkapitulation *b*) noch näher angiebt. Im zweiten Falle wird gesagt, daß die Sachen durch Appellation an das Kammergericht kommen, es wird also vorausgesetzt, daß sie schon vorher als Rechtssache bey dem Richter erster Instanz anhängig waren (denn ein Gesetz, was so deutlich von Appellation spricht, nur von der sogenannten Extrajudicialappellation verstehen wollen, würde eine gewaltsame Auslegung seyn); sie mußten schon Rechtssachen in erster Instanz gewesen seyn, und nur nebenbey mit der Polizey in Verbindung stehen: denn das Gesetz spricht nicht von der Appellation in Polizeysachen, sondern von der Appellation in Sachen, welche der Polizey anhangen, und verordnet, daß die Reichsgerichte hiebey das mitunterlaufende Interesse des Staats wohl erwägen, keine Inhibition leichtlich erkennen,

b) Art. XIX. §. 7.

und ungegründete Klagen sogleich von sich an die Obrigkeit verweisen sollen.

Hier ist in schönster Harmonie mit den bisher ausgeführten Sätzen anerkannt: daß 1) alle Gegenstände, sie mögen Hoheitsrechte oder Privatsachen betreffen, Justizsachen seyn können, insoweit, als bey ihnen vom streitigen Rechte die Rede ist. 2) Daß an manchen Gegenständen eines Rechtsstreits der Staat nach der Rücksicht auf das öffentliche Wohl interessirt seyn kann. 3) Daß in diesem Falle der Regent, der Klage oder Appellation im Rechtspunkte ungeachtet, alle seine Hoheitsrechte bey diesem Gegenstand, soweit es das Staatsbeste fordert, auszuüben befugt ist; da 4) solchen Klagen und Appellationen in Beziehung auf das Staatsinteresse in der Regel keine Suspensivkraft zukommt, sondern 5) eine besondere, immer aber streng auszulegende Inhibition des Reichsgerichts dazu nothwendig ist; bey deren Erkennung aber 6) die Reichsgerichte mit aller Behutsamkeit und Vorsicht zu Werke gehen müssen, und nur da eine Inhibition erkennen dürfen, wo sie nach genug erwogenem Staatsinteresse sich überzeugt haben, daß durch einen Einhalt für den

Staat kein Nachtheil entsteht. Nach dieser Ansicht ist diese Stelle, sobald man nicht mehr und nicht weniger daraus ableitet, als sie enthält, vollkommen deutlich, und in dieser Lehre eines der wichtigsten Gesetze, wenn es auch über die Frage, was Justiz, oder Polizeysache sey, oder wann eine Polizeysache zur Justizsache werde, nichts entscheiden kann, weil es darüber nichts entscheiden wollte.

XXVII.

Ueber das Verhältniß der positiven Thätigkeit des Richters zu der Willkühr der Parteien bey Verhandlung eines Rechtsstreits, oder Beantwortung der Frage: was kann der Richter von Amtswegen bey einem Rechtsstreite?

I.

Bey dem gemeinen deutschen Prozesse, der nun einmal auf die Verhandlungsmaxime [a]) berechnet ist, herrscht der Grundsatz als vorwaltend: daß der Richter nicht unaufgefordert thätig ist; ein Grundsatz, dessen Folgen nicht nur bey dem Ausbruch eines Rechtsstreits sichtbar werden [b]), sondern die sich auch im ganzen Verlaufe eines Rechtsstreits äussern, indem der Richter keine Ladung, keinen Bescheid, keine Execution erkennt, wenn er nicht durch Anträge eines Theils dazu veranlaßt wird. Sehr

a) Mein Handb. B. I. Seite 253.

b) Ebendas. Seite 257. u. 327.

viel, ja das Mehrste hängt bey einer solchen Verfahrungsart von der Willkühr der Parteien ab. Der Kläger kann bey liquiden Beweisen dennoch des Exekutivprozesses sich nicht bedienen, der Beklagte sich bey einem auch sonst nicht zuständigem Richter einlassen, eine gegründete zerstöhrliche Einrede nicht vorschützen oder die Klage eingestehen, wo er vom Kläger ihren Beweis fordern könnte, der Beweisführer manche Beweismittel unbenutzt lassen u. d. m. In sehr vielen Punkten nehmen unsere Gesetze den Verzicht der streitenden Theile als den Grund an, aus welchem sie die Rechte unter denselben bestimmen c), und sie erkennen dadurch den Satz, daß auch im Verlaufe eines Rechtsstreits die Parteien das Recht haben, über das ihrige nach Gefallen zu disponiren, daß demnach im Gebrauche der Vertheidigungsmittel die Willkühr der Parteien einen weiten Spielraum habe d).

II.

Aber mit dem Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate wäre es nicht vereinbar, wenn

c) Mein Handb. Bd. I. Seite 416.

d) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens. §. 700

Alles von der Willkühr der Parteien abhienge, wenn der Richter im ganzen Verlaufe eines Rechtsstreits nur eine leblose Maschine wäre, welche erst durch Handlungen der Parteien in Bewegung gesetzt würde, wenn er stets an den kalten Buchstaben der von den Parteien gemachten Anträge gebunden, und aller positiven Thätigkeit beraubt wäre. Die Prozeßdirektion öffnet der Thätigkeit des Richters einen großen Wirkungskreis, und die Gesetze beschränken dadurch die Willkühr der Parteien auf verschiedene Weise. Machte doch schon der Römer, seiner großen Anhängigkeit an Formeln ungeachtet, einen Unterschied inter officium judicis nobile et mercenarium, verband er doch den Richter, das Versehen der Anwälte zu ergänzen *a*) und wir Deutsche, von jeher Feinde der Formularjurisprudenz, sollten die Macht des Richters durch die Anträge der Parteien ganz beschränkt, sollten es ihm unmöglich gemacht haben, bey einem Rechtsstreite zunächst dasjenige zu verfügen, was Wahrheit und Recht fordern? Nein dies thaten wir nicht, auch der Richter hat auf die Verhandlungen eines Rechtsstreits

a) L. un. C. ut, quae desunt advoc. L. 66. D. de Iudic. vergleiche das cap. 6. X. de Iudic.

bedeutenden Einfluß, auch er kann und muß unaufgefordert die Willkühr der Parteien beschränken, wenn sie dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens entgegen strebt, die Prozeßdirektion, welche ihm die Gesetze übertragen, ist kein leerer Namen, sondern ein Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten.

III.

Nur darf auch diese Thätigkeit des Richters nicht in Willkühr ausarten, die Befugniß der Parteien, über ihr Eigenthum zu disponiren, und der Einfluß des Richters, nach dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens diese Dispositionsgewalt zu beschränken, beyde Maximen sind coordinirt, jede wirkt in ihrer Sphäre, eine ist bedingt durch die andere, und man muß feste Grundsätze aufsuchen, um nach ihnen die Gränzen zwischen beyden genau abzustecken.

Es ist keine kleine Aufgabe; die Gesetze geben uns keine deutliche Bestimmung an die Hand; die Schriftsteller haben bisher wenig Vollständiges darüber geliefert [a]); doch hat

a) Besonders handelt hievon Renner über die L. un. C. ut, quae desunt advocat. oder von

Grolman b) schöne Winke gegeben, und das Interesse dieser Lehre vor Augen gestellt. Er entzieht alles, was die Kraft der Prüfungsmittel angeht, der Willkühr der streitenden Theile, und beschränkt den Spielraum dieser Willkühr auf den Gebrauch der Prüfungsmittel. Hierauf nimmt er eine zweyfache Art an, wie der Richter im Laufe der Verhandlung thätig seyn kann, nämlich eine positive und negative Thätigkeit; negativ, wenn er dafür sorgt, daß nicht durch eine fehlerhafte Verhandlung dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens entgegengehandelt werde; positiv, wenn er für Beförderung und Beschleunigung des legalen Gangs der Verhandlungen sorgt. Zwischen beyden stellt er den Unterschied auf, daß die negative Thätigkeit unbedingt, die positive hingegen bedingt sey, durch die Aufforderung

dem richterlichen Erfüllungsamt. Jena 1784. in dessen Meditat. ad Schaumburgii Princip. praxeos jurid, judic. Am besten ist I. H. Böhmer Diss. de Iudice procedente ex officio in caussa civili in seinen Exercit. ad Pand. Tom. II. Seite 599.

b) a. a. O. §. 78.

des streitenden Theiles, welcher ein rechtliches Interesse hierbey haben kann c).

Ich mißkenne den Scharfsinn nicht, welcher aus diesen Bemerkungen hervorleuchtet, nur fordert der Gegenstand selbst eine genauere Zerlegung, damit auch die verschiedenen Fälle unter allgemeine Grundsätze richtig subsumirt werden können.

IV.

Zwey Stücke werden zur Entscheidung eines Rechtsstreits erfordert, eine Untersuchung über die Merkmale eines Factums, worüber die Parteien streiten, und eine Prüfung der Identität dieser Merkmale mit den Merkmalen eines im Gesetze entschiedenen Falls. Bey dem auf die Verhandlungsmaxime gebauten gemeinen Prozesse entsteht hieraus schon die große Scheidewand zwischen Objekten der Verhandlungen von Seite der Parteien und zwischen Objekten der Reflexion des Richters. Vorlage der Merkmale eines streitigen Falls ist Gegenstand der Verhandlungen, hier gilt es dem Gebrauche der Vertheidigungsmittel, und

c) a. a. O. §. 125.

die Partelen, berechtigt zum Verzichte auf den Zweck, können auch nach freyer Willkühr über die Mittel zum Zwecke schalten. Dahingegen macht die Prüfung des Werths dieser Merkmale, Prüfung ihrer Kraft, mit einem Worte, Alles, wobey es auf Beurtheilung der Sache ankommt, den Gegenstand der richterlichen Reflexion aus a).

Bey dieser Reflexion des Richters kann ein Spielraum für die Willkühr der Parteien nicht gedacht werden, denn woher sollte sich ihr Einfluß auf Handlungen des Richters schreiben, welche blos nach den unabänderlichen Gesetzen eines Vernunftschlusses eingerichtet seyn müssen? Wir haben hierdurch schon den ersten Grundsatz entwickelt: Alles, was von der Reflexion des Richters abhängt, ist der Willkühr der Parteien entzogen.

Sehr oft wird dieser Grundsatz in Anwendung gebracht; ihm zu Folge verwirft der Richter unschickliche Libelle, irrelevante Artikel, unfähige Zeugen, unzulässige Eidesdelationen oder

a) Mein Handb. Band I. Seite 257.

Eidesformeln von Amtswegen, ohne durch Einreden des Gegentheils hiezu bewogen zu seyn. Besonders gehört in diese Klasse Beurtheilung der Kraft derjenigen Vertheidigungsmittel, welche die Parteien gebraucht haben, Prüfung des Einflusses der von den Parteien vorgelegten Merkmale auf Entscheidung des Rechtsstreies, und wir finden nicht selten, daß der Richter die Parteien, wenn sie in ihren Verhandlungen oder bey der Beweisführung von dem Streitpunkte abgewichen sind, von Amtswegen in die rechte Bahn zurückführt, weil alles dieses zum Ressort des urtheilenden Richters, keinesweges aber zur Sphäre der verhandelnden Parteien gehört.

V.

Im Gegensatz dessen, was ich im vorhergehenden Paragraph anführte, ist der zweyte Hauptgrundsatz enthalten: Was nicht zur Reflexion des Richters, sondern zum Vorbringen der Parteien gehört, da tritt in der Regel Willkühr der Parteien mit rechtlichen Folgen ein. Jeder kann sein Recht aufgeben, ungegründete

Forderungen seines Gegners erfüllen, also auch Mittel zu seiner Vertheidigung unbenützt lassen, durch Geständnisse sich schaden, einem ungerechten Urtheil freywillig Folge leisten; denn absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung findet nicht Statt. Da nun die Gesetze den Richter verbinden, nur nach den ihm vorgelegten Merkmalen seinen Ausspruch zu fällen a), da sie die Vorlegung der Merkmale eines streitigen Falls zur Sache der Parteien und den Inhalt der Akten von den Verhandlungen der Parteien abhängig machen, so folgt hieraus, daß bey allem, was zu diesen Verhandlungen gehört, im Gebrauche der Mittel Willkühr der streitenden Theile als Regel zu betrachten ist. Nach diesem Grundsatz erwählt bald der Kläger eine ihm minder vortheilhafte Prozeßart, bald läßt sich der Beklagte vor einem incompetenten Richter ein, bald sehen wir einen streitenden Theil die Last des Beweises auf sich nehmen, oder einige Beweismittel unbenützt lassen, als Handlungen, aus welchen rechtliche Folgen der Willkühr der Parteien hervorleuchten.

a) Mein Handb. Band I. Seite 394.

VI.

Allein man darf nicht vergessen, daß alles Vorbringen der Parteien (Verhandlungen) nur als Mittel zum Zwecke, folglich als bedingt zu betrachten sey, insoferne durch dasselbe der Zweck des ganzen gerichtlichen Verfahrens, die Entscheidung des Rechtsstreits, erreicht werden kann, und daß die Gesetze dem Richter die Prozeßdirektion übertragen haben, nicht als einen leeren Namen, sondern mit einem Umfange von Rechten und Verbindlichkeiten, um durch den Richter die Parteien auf dem Wege zum Ziele unverrückt zu erhalten. Die vorher angeführte Willkühr der Parteien ist also begränzt durch die positive Thätigkeit des Richters, und dieses bildet den dritten Grundsatz: Auch in Gegenständen der Verhandlung ist die Willkühr der Parteien beschränkt durch die positive Thätigkeit des Richters, soweit diese aus besondern Ursachen begründet werden kann. Aus diesem Grunde kann die Einlassung beyder Theile vor einem absolut unfähigen Richter diesen zur Ausübung der Gerichtsbarkeit nicht berechtigen, die Aussage eines ganz untüchtigen Zeugen darf der Richter nicht zum Entscheidungs-

ben sollten. — Aber II. auch die Natur der Sache kann Ausnahmen rechtfertigen, wobey verschiedene Gründe als entscheidend vorkommen, nämlich 1) daß der Richter für Ergänzung eines Punkts von Amtswegen sorge, welcher zu den wesentlichen Bestandtheilen des gerichtlichen Verfahrens gehört, wohin besonders der Legitimationspunkt zu zählen ist; 2) daß der Zweck des gerichtlichen Verfahrens in einer Streitsache durch das Vorbringen eines streitenden Theils nicht erreicht werden könnte, wenn z. B. die Parteien in den Wechselschriften oder ihrer Beweisführung vom eigentlichen Streitpunkte abgewichen wären. 3) Daß nur der Richter wegen der ihm übertragenen Leitung, der in einem Prozeß vorkommenden Geschäfte, im Stande ist, dasjenige zu thun, was die Zweckmäßigkeit oder Vollkommenheit einer gerichtlichen Handlung fordert. Zeugenaussagen, Augenschein, Kunstverständige sind Gegenstände, bey welchen die positive Thätigkeit des Richters sich besonders äussert, da der Richter den Zeugen die etwa von ihnen nicht verstandenen Fragen erläutert, ihre Begriffe und Vorstellungen aufzuhellen sucht, da er die Augenscheins-punkte festsetzt, die Kunstverständigen auf die

Punkte, worüber sie ihr Gutachten besonders richten sollen, aufmerksam macht u. dgl.

VIII.

Es bedarf wohl keines Beweises, wie häufig die Fälle sind, wo der Richter von Amts. wegen, ohne durch Vorstellungen einer Partei bewogen zu seyn, Entschließungen faßt, wo er also durch seine positive Thätigkeit die Will. kühr der Parteien beschränkt, und ich will die wichtigern Fälle, in welchen die positive Thätigkeit sich äussert, mit Anführung des Grundes, worauf sie ruht, durchgehen, damit die von mir angeführten Grundsätze bestärkt, und durch Anwendung auf besondere Fälle anschaulicher gemacht werden. Sehr leicht wird es seyn, die von mir nicht angeführten Fälle durch eine richtige Subsumtion unter einem dieser Grundsätze richtig zu entscheiden. Bey der Ausführung selbst werde ich zuerst von den Fällen handeln, wo der Richter abgesehen von besondern Verhältnissen der Parteien oder des Streitgegenstands positiv thätig ist, hierauf aber zu den Fällen übergehen, wo die Gesetze seine positive Thätigkeit wegen besonderer Qualitäten der

streitenden Theile oder des Streitgegenstandes begründen.

IX.

Positive Thätigkeit des Richters, abgesehen von Qualitäten der Personen oder des Streitgegenstands.

I. Wenn ohne Prüfung keine Schrift eines Theils als eine Veranlassung weiterer Verhandlungen mitgetheilt werden darf *a*), so ist diese Prüfung ein Gegenstand der richterlichen positiven Thätigkeit, kraft welcher der Richter, ehe er auf den Antrag eines Theils erkennt, denselben einer strengen Prüfung unterwirft, und von Amtswegen, ohne durch Einreden des Gegners dazu bewogen zu seyn, die daran befindlichen Mängel rügt. Ob das Vorbringen zweckmäßig, erlaubt, und der Antrag rechtmäßig sey, ist der Gegenstand seiner Untersuchung; und bald ist der Rechtsgrund seiner Thätigkeit darin zu finden, daß es nur einem zur Reflexion des Richters gehörigen Gegenstande gilt, (§. 11.) bald darin, daß besondere Verhältnisse in einem zur Verhandlung der

a) Mein Handb. Band I. Seite 399.

streitenden Theile geeigneten Punkte seine positive Thätigkeit begründen. Aus dem ersten Grunde verwirft der Richter inepte Libelle; er schlägt Mandatsgesuche, Bitten um Arrest, um Mandate ab, wenn er bey Prüfung des Vorbringens einen Mangel an den Bedingungen eines Antrags entdekt. Aus dem zweyten Grunde verwirft er Verhandlungen der Parteien, worin sie sich vom Streitgegenstande verirrten; er verwirft ganz untüchtige Zeugen, irrelevante oder unerlaubte Artikel von Amtswegen.

X.

II. In Rücksicht auf Rechtszuständigkeit kann der Richter jedesmal eine Klage von sich abweisen, wenn er im Streitgegenstand, der zuständige Richter nicht ist. Nur ist nach unsern positiven Rechten, welche nun einmal die Begründung eines an sich nicht zuständigen Gerichtsstandes durch Prorogation zulassen, bey der Frage: ob der Richter von Amtswegen eine vor seinen Gerichtshof nicht gehörende Sache abweisen müsse? zu unterscheiden, ob seine Gerichtsbarkeit wenigstens durch Prorogation begründet werden könne oder nicht. Im ersten Falle kann er, ohne jedoch dazu verbunden zu

seyn, den Beklagten vorladen, und es darauf ankommen lassen, ob der Beklagte sein Recht auf den ordentlichen Richter durch eine Einlassung nicht freywillig aufgibt. Im letzten Falle hingegen kann der Verzicht der Partei keine Wirkungen hervorbringen, auf keine Weise läßt sich also eine Vorladung des Beklagten als zweckmäßig denken, und der Richter muß hier auch unaufgefordert den Kläger an den zuständigen Richter verweisen.

XI.

III. An der Klage äussert sich die positive Thätigkeit des Richters in der Prüfung: ob, die Wahrheit der erzählten Umstände vorausgesetzt, die Klage gegen den Beklagten, wie sie angestellt wurde, gegründet sey. Nur dahin, so oft man auch bey Gerichten das Gegentheil wahrnimmt, erstrecken sich ihre Ausflüsse nicht, daß der Richter, Statt der angestellten Klage, auf eine andere, aus dem nämlichen Factum fließenden Klage erkennen dürfe. Denn wenn die angestellte Klage gegründet war, so kommt dem Richter die Macht nicht zu, dieser Klage nicht zu deferiren, und war sie nicht gegründet, wie will er auf eine andere, die nicht

angestellt war erkennen? Ich weiß einen Rechtsfall, wo diese große Sünde begangen wurde. Eine Partei hatte grobe Beleidigungen gegen ein Justizdicasterium in einer schriftlichen Vorstellung an den Landesherrn ausgestoßen. Der Justizhof, welchem diese Schrift mitgetheilt wurde, beschloß dieser schweren Injurien wegen durch den Regierungsfiskal auf eine fiskalische Geldstrafe, also actione injuriarium aestimatoria, klagen zu lassen. Nach geschlossenen Verhandlungen erkannten die Impartiales exteri, daß der fiskalisch Beklagte von der angestellten Klage zu entbinden sey, sie verurtheilten ihn aber zu einem derben Verweis, zur Abbitte und zum Ersatze aller Kosten. — Aber das kaiserliche Reichskammergericht erkannte auch auf bloße Vorlage der vermeintlichen Entscheidungsgründe die vom Regierungsfiskal gebetenen Appellationsprozesse. — Niemals darf der Richter von seiner positiven Thätigkeit einen so übertriebenen Gebrauch machen, daß er über das genau vorgezeichnete Genus actionis hinausfällt! — Weit besser ist es, den Kläger durch den Bescheid: daß die Klage angebrachtermassen nicht Statt finde, auf die Mängel seines Libells aufmerksam zu machen, und ihm

zu überlassen, ob er sein Recht auf eine andere Weise verfolgen will.

XII.

IV. Bey der vom Kläger gewählten Prozeßart kommt es darauf an: ob der Kläger eine ihm günstigere Verfahrungsart aufgab, nun da reicht die positive Thätigkeit des Richters nicht hin, ultra petita partis auf die günstigere zu erkennen. Ungerecht wäre es, wenn der Richter eine im ordentlichrn Prozesse angestellte Klage, wegen der vom Kläger vorgelegten liquiden Beweise, in den Executivprozeß einleiten wollte. Ist die vom Kläger gewählte Prozeßart so beschaffen, daß der Beklagte sich in derselben einzulassen nicht verbunden ist, so ist es immer zweckmäßig, den Antrag, wie gebeten abzuweisen, und in manchen ausserordentlichen Prozeßarten, vorzüglich bey nachgesuchten Arresten und Mandaten nothwendig. Nur dann, wenn etwa der Beklagte einen Anspruch auf den unbestimmten summarischen Prozeß hätte, mag der Richter es darauf ankommen lassen, ob der Beklagte durch Einlassung in der minder vortheilhaften Prozeßart auf sein Recht Verzicht leisten werde. Eben dieses be-

weißt auch, daß wenn nicht einmal durch Einwilligung beider Theile eine unstatthaft gewählte Prozeßart begründet werden kann, der Richter sogleich von Amtswegen den Kläger mit seinem Gesuche abweisen muß. In keinem Falle aber kann ich anrathen, Statt der vom Kläger gewählten Prozeßart, die Sache in eine andere wesentlich verschiedene Verfahrungsart einzuleiten, und z. B. Statt des gebetenen Mandats oder einer angestellten Exekutivklage eine Ladung im ordentlichen Prozesse zu erkennen; sondern weit besser wird in der bekannten Formel: wie gebeten, abgeschlagen, der Kläger auf seine üble Wahl der Prozeßart aufmerksam gemacht. Wer mich hier einer Vorliebe gegen Formeln beschuldigen will, der bedenke doch, wie leicht durch eine gegentheilige Maxime die Rechte der streitenden Theile verletzt werden können. Wie denkbar ist es, daß der Kläger bey seinem Mandatsgesuche oder der Executivklage manche Umstände, die er nicht schleunig darthun konnte, wegen der gewählten Prozeßart mit Stillschweigen übergangen hat, oder wie geschwind er mit der Last des Beweises beladen werden konnte, welche er nur auf sich nahm, um die Vortheile einer ausserordentlichen Pro-

zeßart zu erringen! Oder wie wenig der Richter alle Absichten des Klägers, die Mittel seiner Vertheidigung wissen, wie leicht er ihm also durch eine voreilige Wendung in eine andere Prozeßart schaden kann! Hat der Kläger eine unrechte Prozeßart gewählt, so weise man ihn mit seinem Gesuche, wie er es stellte, ab; dies hat er verdient, denn er war verbunden, die Rechtmäßigkeit seines Antrags, ehe er ihn bey dem Richter machte, wohl zu überdenken; aber nun überlasse man ihm, auf welchem Wege er sein Recht weiter verfolgen will. Hat das gebetene Mandat nicht Statt, wie will man denn eine ungebetene Ladung erkennen?

XIII.

V. Einreden von Amtswegen ergänzen, würde ein so hoher Absprung vom ganzen Wesen des Prozesses seyn, daß wohl kein hinreichender Grund zu dieser Ausnahme gedacht werden kann. Abgerechnet demnach diejenigen Punkte, welche zum Wesen eines Rechtsstreits gehören, und deren Mangel vom Beklagten in der Form einer Einrede, z. B. der mangelnden Legitimation gerügt wird, bey welchen daher als wesentlichen Punkten der Richter auch

unaufgefordert thätig seyn muß (§. VII.), läßt sich eine Ergänzung der Einreden von Amtswegen destoweniger denken, als der Richter nur nach den Merkmalen, wie sie in den Akten liegen, keinesweges aber nach seiner Privatwissenschaft seine Beschlüsse einrichten darf; in den wenigsten Fällen also zu erwarten ist, daß er aus den Akten Gründe zur Ergänzung einer Einrede hernehmen könne. Ohnehin ist es um eine solche Ergänzung etwas mißliches, da alle nur durch eine Einrede (nicht ipso jure, sondern ope exceptionis) zu vernichtende Klagen, nach der Verordnung des römischen Rechts, fordern, daß die Einrede vom Beklagten bey Gericht wirklich entgegengesetzt werde *a*). Wer würde wohl einen Richter gegen Vorwürfe rechtfertigen, der einem Kläger, dessen Schuldurkunde noch keine zwey Jahre alt ist, noch vor entgegengesetzter Einrede des nicht gezahlten Geldes das Gehör versagen wollte *b*)?

Nur die Einrede der Verjährung wird von manchen als Ausnahme betrachtet, welche behaupten, daß sie der Richter von Amtswegen

a) L. 27. §. 2. D. de pactis.

b) Vergl. meine Jurist. Abhandl Th. 1. S. 59.

ergänzen könne c). Allein da Weber d) sehr schön bewiesen hat, daß die Extinctivverjährung die natürliche Verbindlichkeit nicht aufhebe, da selbst diese auslöschende Verjährung zu den eigentlichen Einreden gehörte, folglich durch sie eine Klage nicht ipso jure aufgehoben würde e), so kann ich dieser Meinung nicht beytreten.

Renner f) macht einen Unterschied zwischen Einwendungen, welche juris communis sind, und so aus den Akten erhellen, daß dawider keine Gegeneinwendung Statt finden kann, und zwischen denjenigen, welche de jure zwar zustehen und aus den Akten erhellen, doch so, daß ihnen eine Gegeneinwendung im Wege stehen kann, sie selbst also noch zweifelhaft sind. Aber welche Einrede darf denn als unzweifelhaft gedacht werden, wenn sie nicht entgegengesetzt und darüber verhandelt wurde? Ohne

e) Man sehe darüber den oben (§. III.) angeführten Renner.

d) Von der natürlichen Verbindlichkeit §. 92.

c) Höpfner Commentar über die Institut. §. 393. u. 1184. beide Schriftsteller zeigen jedoch, daß dieses von der Usucapion nicht gelte.

f) in den angeführten Meditat. ad Schaumburg princip. Seite 225.

daß eine Einrede vorgeschützt wurde, ist der Kläger nicht schuldig sich darauf einzulassen, dagegen seine Vertheidigung durch Replicken zu führen; der Richter würde also gegen alle Forderungen richtiger Grundsätze ein Urtheil auf etwas bauen, worüber beyde Theile noch nicht gehört worden sind. Solange eine Einrede nicht vorgeschützt wurde, solange ist die Bedingung einer dagegen zu führenden Vertheidigung nicht eingetreten; der Richter kann also niemals die Einrede für unzweifelhaft halten, da auch die scheinbarste Einrede durch neues Vorbringen des Klägers (Replication) entkräftet wird.

Viel richtiger wird der Satz angenommen, daß der Richter gar keine Einrede von Amtswegen suppliren darf. Will man aber unter Einrede alles Vorbringen des Beklagten zu seiner Vertheidigung verstehen, und von der suppletorischen Gewalt des Richters in dieser Rücksicht sprechen, so muß ein Unterschied gemacht werden: ob die vom Beklagten angeführten Thatsachen, welche er, ohne daraus eine Einrede abzuleiten, im Exceptionssatze oder in seiner Duplik vorbrachte, oder die sonst aus den Akten erhellen, so beschaffen sind, daß durch sie das Klagerecht

selbst auch ohne Einrede (ipso jure) für erlo-
schen zu achten ist, oder ob durch diese Umstän-
de nur unter Voraussetzung einer daraus abge-
leiteten wirklich gebrauchten Einrede (ope ex-
ceptionis) die Klage zerstöhrt werden kann.
Im ersten Falle muß der Richter auf diese Um-
stände Rücksicht nehmen, denn es hat, ihre
Wahrheit vorausgesetzt, niemals ein Klagerecht
existirt; es mangelt also an einer wesentlichen
Bedingung eines Rechtsstreits, da ohne Recht
keine Rechtsverfolgung denkbar ist. Der Rich-
ter ergänzt hier keine Einrede, sondern er übt
sein Amt der Reflexion aus. — Im zweiten
Falle hingegen kann der Richter eine solche Ein-
rede von Amtswegen nicht ergänzen: weder bey
Anstellung der Klage, da die Einrede nicht
entgegengesetzt war, und der Richter nie sicher
ist, ob nicht die Einrede durch eine Replik des
Klägers entkräftet werden könnte, folglich der
Richter in der Ungewißheit das rechtliche Gehör
zu versagen offenbar nicht befugt ist; noch bey
der endlichen Entscheidung nach geschlossenen
Verhandlungen, da der Beklagte durch Nicht-
gebrauch einer Einrede hinreichend an den Tag
legte, daß er durch sie sein Recht nicht verthei-
digen wolle. Wo der Beklagte im Exceptions-

satze anführt, daß eine Schuldforderung des Klägers aus einer verbotenen Spielschuld herstammt, da muß der Richter von Amtswegen darauf erkennen, denn das Vorbringen des Beklagten zeigt, daß gar kein Klagerecht existire. Wer wird aber eben dieses von der Einrede des Vellejanischen Rathschlusses behaupten, wenn der Richter nur sah, daß gegen die Weibsperson aus einer Intercession geklagt wird, ohne daß die Beklagte Weibsperson sich darauf zu ihrer Vertheidigung berief.

XIV.

VI. Bey der Antwort auf die Klage liegt ihr Inhalt, was der Beklagte eingestehen oder abläugnen will, ganz ausser dem Kreise der richterlichen Thätigkeit. Hier gilt es nur dem Beklagten, welcher durch Eingeständnisse sich schaden kann, ohne daß der Richter, weil er nach seiner Wissenschaft vom Verhältniß des Streitgegenstands das Zugeständniß für unrichtig hält, befugt wäre, hieran etwas von Amtswegen zu ändern.

Nur wenn die Antwort auf die Klage die gesetzlichen Eigenschaften nicht an sich trägt,

also dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens nicht entspricht, kann der Richter die Antwort von Amtswegen verwerfen, und den Beklagten zu einer nach den Gesetzen abgefaßten Antwort anhalten a).

XV.

VII. Gleiche Bewandniß hat es mit dem Aktenschlusse. Wegen des Vortheils eines streitenden Theils, der etwa Nova entdeckte, kann ihn der Richter von Amtswegen nicht aufheben; hier muß eine Bitte desjenigen Theils vorausgehen, welcher weitere Verhandlungen pflegen will. Nur also dann ist der Richter zur Aufhebung des Aktenschlusses von Amtswegen befugt, wenn er findet, daß entweder durch die bisherigen Verhandlungen der Streitpunkt noch nicht genau uud vollständig erörtert ist, um den Streit durch ein Urtheil zu entscheiden, oder das Vorbringen des Beklagten in der Duplik weitere Verhandlungen an sich nothwendig macht.

a) Daß von der Re- und Duplik das nämliche gelte, was von der Klage und den Einreden gesagt worden ist, versteht sich von selbst.

XVI.

VIII. Am unvollkommensten ist der gemeine Prozeß in Rücksicht auf Termine. Die Bestimmungen der Kammergerichtsordnung über diesen Gegenstand sind auf die eigene Gerichtsverfassung dieses Tribunals berechnet, können demnach als Quelle des gemeinen Prozesses nicht angesehen werden *a*), und andere Verordnungen der Gesetze haben wir nicht; daher finden wir, wenn nicht Landesgesetze diese Lücke ausfüllen, in diesem Punkte einen großen Spielraum für die positive Thätigkeit des Richters. Er setzt bald engere bald weitere Termine an, je nachdem er den Gegenstand für dringend, verwickelt, also seine schnellere Verhandlung für nöthig und möglich hält oder nicht, ohne darauf zu sehen, um welchen Termin geberen wurde. Doch werden Fristerstreckungen niemals von Amtswegen ertheilt, sondern sie fordern entweder ein Gesuch um Verlängerung oder ein Betriebsgesuch des Gegentheils, wo aber im letzten Falle solche Fristverlängerungen im Grunde ein Kontumazialerkenntniß mit Ansetzung eines neuen Termins sind. In diese Klasse gehören die bey dem Reichshofrathe üblichen Termine

a) Meine Erörterungen Seite 9.

ex officio [b]), welche nur alsdenn angesetzt werden, wenn auf Anrufen des Gegentheils wider den Ungehorsamen mit Präclusion nicht vorgeschritten werden kann, sondern demselben zur Erfüllung der vorigen Auflage noch ein Termin angesetzt werden muß. Es ist einleuchtend, daß hier die Thätigkeit des Richters ihren Grund darin hat, weil der Gegenstand zur richterlichen Reflexion gehört, indem der Richter hier entscheidet, ob auf Anrufen eines Theils gegen den Ungehorsamen eine Präclusion erkannt werden kann.

XVII.

IX. Bey Präclusivbescheiden kommt

alles auf die Beschaffenheit des verabsäumten Termins an. War dieser eine gesetzliche Nothfrist, oder ein ipso Iure peremtorischer Termin, so muß der Richter auch unaufgefordert thätig seyn, und auf Desertion erkennen; ja er ist sogar alsdenn dazu verbunden, wenn auch der Gegentheil, ohne die Einrede der Desertion entgegen zu setzen, in die Verhandlungen

b) Hanzely Grundlinien, in der Forts. §. 81. Dessen Anleit. zur Reichshofr. prax. §. 104.

sich eingelassen hat a). Bey andern Terminen hingegen kann der Richter nach verabsäumten monitorischen Ladungen, weil hier eine Ungehorsamsbeschuldigung nicht vorausgehen muß, in der Sache fortfahren, obgleich in den mehrsten Fällen eine Bitte des Gegentheils ihm dazu den Anlaß geben wird. Bey arctatorischen Ladungen hingegen muß dem Kontumacialerkenntniß eine Ungehorsamsbeschuldigung vorausgehen, die Verabsäumung eines solchen Termins gibt nur dem Gegner ein Recht, und wenn er die Ungehorsamsbeschuldigung unterläßt, so erklärt er durch die That, daß er aus der Unterlassung kein Recht erwerben wolle, der Richter kann es ihm daher durch ein von Amtswegen gefälltes Kontumacialerkenntniß nicht aufdringen.

XVIII.

X. Enger ist der Wirkungskreis der positiven richterlichen Thätigkeit bey den Incidentpunkten. Forderungen einer Kaution, Bitten

a) Sammlung merkwürdiger am kaiserl. Reichskammergericht entschiedener Rechtsfälle Th. 1. Seite 288. und die dort angeführten Kameralr Schriftsteller.

ten um provisorische Verfügungen, Litisdenunciationen, Interventionen sind Gegenstände, welche zu den Rechten der Parteien ausschließend gehören; also nach dem bekannten Rechtsaxiom: Vigilantibus Iura, einen besondern Antrag des dabey interessirten Theils voraussetzen. Nur insoweit äussert sich hier die positive Thätigkeit, als entweder Objekte der richterlichen Reflexion hiebey vorkommen, oder die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens, für welche der Richter von Amtswegen sorgen muß, dabey im Spiele sind. In der ersten Rücksicht bestimmt der Richter von Amtswegen, in welcher Ordnung bey einer Principalintervention die dadurch entstandenen verschiedenen Streitigkeiten verhandelt werden sollen, in der zweyten Rücksicht verfügt er über die mit der Legitimation verbundenen Gegenstände, und ich werde bey der Lehre von der Adcitation ein sehr merkwürdiges Dekret des kaiserlichen Reichskammergerichts auszeichnen, wo dasselbe eine Adcitation von Amtswegen erkannte, weil die dabey einwirkende Legitimation zur Sache es forderte.

XIX.

XI. Am wichtigsten ist die Bestimmung der Gränzen, wie weit der Richter von Amts-wegen gehen dürfe, in der Lehre vom Beweise. Aber es ist auch hier am schwersten, die Gränzen richtig abzustecken; niemals kann dieses geschehen, ohne die verschiedenen Handlungen und Beweismittel zu unterscheiden, welche bey dem Beweise vorkommen können; ich will deshalb in das Detail dieser Sache näher eingehen.

XX.

1) Vor allem kommt das Beweisthema in Betrachtung. Es besteht in denjenigen Merkmalen, von deren Wahrheit die Anerkennung des streitigen Rechts abhängt; es ist also einleuchtend, daß die Bestimmung desselben eine Beurtheilung fordert, folglich zur Sphäre der richterlichen Reflexion, keinesweges aber zum Spielraum der Willkühr der Parteien gehört. Der Richter muß demnach nicht nur das Beweisthema durch ein Urtheil festsetzen, wenn nicht ein Theil den Beweis anticipirt hatte, sondern er ist auch verbunden, eine unzweckmäßige Beweisführung von Amtswegen zu verwerfen.

Nur da würde ich einen Spielraum für die Willkühr der Parteien zulassen, wenn beyde Theile durch eine ausdrückliche Erklärung vom Beweise eines an sich irrelevanten Umstandes ihr Recht abhängig machten, denn kann man ihnen das Recht, einen Vergleich abzuschließen, nicht abläugnen, so muß man auch ihr Recht, unter einer Bedingung sich zu vergleichen, anerkennen, und der Umstand, von dessen Beweise sie ihr Recht abhängig machen, ist nichts anders, als eine solche Vertragsbedingniß. Aber man hüte sich, diesen Satz aus der Natur eines Beweises im Prozesse abzuleiten, denn hier sind nur die Grundsätze von bedingten Transakten entscheidend, und der vorhandene Transakt verschlingt das ganze, aus der Natur eines Prozesses entstandene Rechtsverhältniß. Darum fordere ich hiezu nicht nur die Einwilligung beyder Theile, sondern auch ihre ausdrückliche Erklärung, damit man nicht glaube, als ob es einer stillschweigenden Einwilligung gleich komme, wenn ein streitender Theil sich in eine irrelevante Beweisführung einläßt, ohne die Einrede der Irrelevanz vorzubringen. Alle gerichtliche Handlungen müssen als Mittel zum Zwecke berechnet werden, und solange die Parteien ihr

Recht in Prozeßschriften vertheidigen wollen, darf man ohne ihre ausdrückliche Erklärung ihnen niemals die Absicht aufbürden, ihren Streit durch einen Transact zu endigen [a]).

XXI.

2) Hat einer der streitenden Theile die Beweislast auf sich genommen, so hat er sich selbst mit einer Last beladen, welche er zu tragen nicht schuldig war; er hat seinen Zustand aus eigner Willkühr verschlimmert, und nur sich geschadet. Wer könnte zweifeln, daß hier die Willkühr der Parteien wirke? Aber im Gebrauche dieses Satzes darf man nicht jedes Erbieten zum Beweise, nicht jede Erklärung einer Partei, sie sey bereit, den Beweis zu liefern u. dgl. als eine Uebernahme der Beweislast ansehen, sondern nur dann ist man hiezu berechtigt, wenn aus den Handlungen eines streitenden Theils die Absicht hervorleuchtet, daß er auf sein Recht zur Freyheit von der Beweislast Verzicht leiste, welches geschieht, indem er entweder den Beweis anticipirt, oder

a) Eine Anwendung dieser Grundsätze auf Eidesformeln enthält mein Handb. Bd. I. S. 452.

erklärt, daß er den Beweis, ob er es gleich nicht schuldig sey, führen wolle.

Auffer diesem Falle gehört die Bestimmung darüber, wer den Beweis führen müsse, zur Reflexion des Richters, ohne daß es darauf ankommt, ob die Parteien in ihren Verhandlungen über die Beweislast weitläufiger gestritten haben oder nicht.

XXII.

3) In den Beweismitteln überhaupt kann bey dem gemeinen Prozesse, so wie er auf die Verhandlungsmaxime berechnet ist, von der Thätigkeit des Richters keine Rede seyn. Der Richter darf von Amtswegen kein Beweismittel brauchen, keinen Zeugen von Amtswegen abhören, keine Urkunde zu den Akten ziehen, worauf sich der Beweisführer nicht berief u. d. a). Ueber die Frage: ob alte vorgefundene Akten, die in eine zum Spruch vorliegende Sache einschlagen, ohne die Parteien noch vorher dar-

a) Augenschein und Kunstverständige machen eine scheinbare Ausnahme von diesen Sätzen. Allein ich werde unten in einer besondern Abhandlung zeigen, daß sie zu den Beweismitteln im eigentlichen Sinne nicht gehören.

über zu hören, zur Entscheidung genommen werden können? mögen meine Leser alles, was sich dafür und dagegen sagen läßt, bey Hofscher [b]) nachsehen.

XXIII.

4) Der Beweis durch Eingeständniß schließt alle von Amtswegen zu unternehmende Handlungen des Richters aus. Was einer der streitenden Theile seinem Gegner zugesteht, das muß der Richter für wahr annehmen, ohne von Amtswegen die Wahrheit des eingestandenen Faktums einer Untersuchung zu unterwerfen, oder gar das Eingeständniß von Amtsgegen als wahrheitswidrig für ungeschehen zu achten. Man hat es in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nur mit veräusserlichen Rechten zu thun, und wer auser Gericht seinem Gegner auch in ungegründeten Anforderungen nachgeben konnte, der kann auch bey Gericht durch ein Eingeständniß sein Recht aufgeben.

XXIV.

5) Bey dem Beweise durch Urkunden tritt sehr oft die Willkühr der Parteien als Er-

b) Sammlung merkwürdiger am kaiserl. R. K. G. entschiedener Rechtsfälle. Theil 4. Seite 37.

kenntnißgrund ihrer Verhältnisse ein, welcher durch positive Thätigkeit des Richters nicht beschränkt ist. Wenn der Produkt eine Abschrift für richtig anerkennt, ohne die Vorlegung des Originals zu fordern, wenn er die Richtigkeit einer Urkunde zugesteht, gegen deren Aechtheit wichtige Zweifel sich dem Auge aufdringen, so kann man den Satz: Iudici fit probatio, nicht anwenden, um einem Richter das Recht zuzueignen, von Amtswegen dasjenige zu rügen, was der Beweiskraft einer solchen Urkunde entgegengesetzt werden könnte; denn die Handlung des Produkten erscheint hier mehr in der Gestalt eines Eingeständnisses über die Umstände, welche die Urkunde enthält. Was demnach im vorhergehenden Paragraph vom Eingeständniß gesagt wurde, muß hier seine volle Anwendung finden.

XXV.

6) Verwickelter ist die Sache bey dem Beweise durch Zeugen. Zu den Gegenständen, bey welchen sich Wirkungen von der Willkühr der Parteien äussern, rechne ich die Nachlassung des Zeugeneides, wozu jedoch die Einwilligung beyder Theile erfordert wird: den Ver-

zicht auf Einreden, wodurch ein Zeuge zwar nicht unfähig, jedoch verdächtig wird, ein Verzicht, welchen die Parteien größtentheils stillschweigend, durch Nichtgebrauch solcher Einreden, leisten. — Zu den Gegenständen aber, bey welchen die positive richterliche Thätigkeit sich wirksam zeigt, rechne ich die Prüfung über Zulässigkeit der Artikel und Fragstücke, die Verwerfung ganz unfähiger Zeugen, die Abwägung ihrer Glaubwürdigkeit nach den Merkmalen, welche sich in den Akten befinden, besonders im Fall einer Kollision der Beweise, und bey Vernehmung der Zeugen die Eidesverwarnungen, die Aufklärungen der Zeugen, um ihren Vorstellungen und Aussagen, Deutlichkeit und Bestimmtheit zu geben.

XXVI.

7) Die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung oder seiner Zurückschiebung ist sichtbar ein Objekt der richterlichen Prüfung; der Richter tritt also hier von Amtswegen auf, und verwirft eine unzulässige Eidesdelation, wenn auch ihre Statthaftigkeit durch keine Einrede noch angefochten war. Aus dem nämlichen Grunde hat er das Recht, die Eidesformel nach

dem Zwecke, für welchen der Eid als Beweis, mittel gebraucht wurde, zu bestimmen; es wollten denn die Parteien durch eine ausdrückliche Uebereinkunft ihr Recht von Beschwörung eines Umstandes abhängig machen, welcher auf die Merkmale ihres Streits keinen Einfluß hat a). Ob hingegen der Beweisführer sich der Eidesdelation bedienen, ob sein Gegner den Eid annehmen, zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweisen vertreten will, dies hängt lediglich von der Willkühr der Parteien ab, so wie auch der Gegentheil dessen, welcher schwören soll, den Eid für geleistet annehmen kann.

XXVII.

8) Insoweit man Vermuthungen und Schlüsse zu den Beweismitteln zählt, können sie hier nicht übergangen werden. Man wird sich aber sehr bald überzeugen, daß sie nichts seyn können, als das Resultat der Merkmale, welche bey Verhandlung eines Rechtsstreits dem Richter vorgelegt wurden; daß sie also nur ein Gegenstand der Reflexion sind. Aus diesem Grunde gehören sie zur Sphäre der

a) Ausführlich habe ich hievon gehandelt im Handbuch Band I. Seite 452.

richterlichen Prüfung, und der Richter muß von Amtswegen auf sie die verdiente Rücksicht nehmen, wenn auch die Parteien von ihrem Rechte durch besondere Deductionen den Richter auf sie besonders aufmerksam zu machen, keinen Gebrauch gemacht haben sollten.

XXVIII.

9) Augenschein und Kunstverständige bringe ich zwar nach dem engern Begriffe des Beweises, welchen ich für den gemeinen Prozeß unten aufzustellen für nöthig finde, nicht in die Kathegorie der eigentlichen Beweismittel. Da man aber von ihnen gewöhnlich bey der Lehre vom Beweise spricht, so will ich ihnen auch hier einen Platz einräumen. Bey diesen äussert sich die positive Thätigkeit des Richters nicht nur darin, daß er von Amtswegen die Einnehmung eines Augenscheins oder Einholung eines Gutachtens der Kunstverständigen verfügen kann, sondern auch darin, daß er alles dasjenige zu thun berechtigt und verbunden ist, was diese Handlung in eine bessere Uebereinstimmung mit ihrem Zwecke bringen kann. Zwar können auch die Parteien Augenscheinspunkte auszeichnen, allein diese Handlung ist nichts als ein Mittel,

die Aufmerksamkeit des Richters auf dasjenige, was ohnedies sein Amt fordert, rege zu machen. Nur insoweit Kunstverständige in Rücksicht ihrer Vereidigung und Zulässigkeit als Zeugen betrachtet werden, hat die Willkühr der Parteien einen Einfluß, welcher nach den Grundsätzen, die ich oben vom Zeugenbeweise anführte, bestimmt werden muß.

XXIX.

10) Das Resultat der geführten Beweise, ihr Gehalt, ihre Kollision gehört zur Sphäre der richterlichen Beurtheilung und ist von den Verhandlungen der Parteien unabhängig. Die Parteien können zwar in besondern Schriften über den Gehalt der Beweise Deductionen übergeben, aber auch ohne diese Handlung muß der Richter von Amtswegen prüfen, ob der Beweis ganz oder unvollständig geliefert wurde, er muß die collidirenden Beweise und Gegenbeweise gegen einander abwägen, und dasjenige als Recht aussprechen, was der Sache angemessen ist. Nur im nothwendigen Eide bey unvollkommenen Beweisen macht die baierische Gerichtsordnung *a*) die Ein-

a) Cod. Iudic. cap. 13. §. 3. n. 4, Cit. e.

schränkung, daß derjenige, der zum Erfüllungseide zugelassen werden will, darum bey dem Richter ansuchen müsse.

XXX.

XII. Zu der Aktenversendung wird öfters der Richter durch Anträge der Parteien veranlaßt. Er kann sie aber auch von Amtswegen verfügen, und bald bewegt ihn zu dem Entschlusse die Wichtigkeit des Streitgegenstandes, bald das Verwickelte der Fragen, worauf es bey der Beurtheilung einer Sache ankommt, bald das Verhältniß der streitenden Theile, bald eine andere Verbindung der Umstände, welche ihm die Aktenversendung als ein Mittel, seine Unparteilichkeit an den Tag zu legen, anräth.

XXXI.

XIII. Das Urtheil gehört zunächst zu den Objekten der richterlichen Reflexion, doch mit der Einschränkung, daß der Richter nach seinen Akten und den rechtlichen Anträgen der streitenden Theile zu sprechen gebunden ist. In allen Fällen verbessert er demnach im Urtheil die von den Parteien begangenen Rechnungsfehler; aber

ausnahmsweise äussern sich die Wirkungen seiner positiven Thätigkeit, daß er auf Früchte, Zinsen, Schaden und Kosten von Amtswegen, also auch da, wo die Anträge des Siegers auf sie nicht ausdrücklich gerichtet waren, Rücksicht nimmt.

XXXII.

XIV. Erklärung eines Urtheils soll blos den wahren Sinn desjenigen darstellen, was schon vom Richter geurtheilt war; sie ist demnach nur Fortsetzung der richterlichen Prüfung, und, wie diese, von einem Antrage der Parteien keinesweges abhängig. Finden wir daher nicht selten Erklärungen der Urtheile, veranlaßt durch ein dahin abzielendes Gesuch der Parteien, so können wir dagegen auf der andern Seite dem Richter das Recht nicht abläugnen, sein Urtheil auch von Amtswegen zu erklären. Sehr oft geschieht dies vom Richter, wenn er im weitern Verfahren den Mißverstand der Parteien bemerkt, insbesondere wird bey dem kaiserlichen Reichshofrathe sehr häufig, Statt der nachgesuchten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, eine Declaration des Urtheils ertheilt *a*).

a) Hanzely Grundriß der reichshofr. Verfahr. Band III. Seite 368. Gatzert Progr. de

XXXIII.

XV. Rechtsmittel von Amtswegen als ergriffen anzusehen, würde gegen die ersten Grundsäze von der richterlichen Gewalt im Staate streiten. Jedes Rechtsmittel ist ein neuer Angriff, und so wie der Richter ohne Voraussetzung einer Klage nicht thätig seyn kann, eben so kann er nur unter der Bedingung eines wirklich ergriffenen Rechtsmittels thätig seyn. Ausser diesem aber gibt es viele Ausflüsse der positiven richterlichen Thätigkeit bey Rechtsmitteln, wohin ich besonders zähle: 1) die Prüfung alles dessen, was als Bedingung eines Rechtsmittels zu betrachten ist. Ohne eine Einrede des Gegners vorauszusetzen, muß der Richter alle Formalien und Fatalien eines Rechtsmittels prüfen, ja sogar auf diese Erfordernisse nach erkannten Prozessen bey dem Endurtheile zurücksehen. 2) Die Prüfung der Wirkungen eines Rechtsmittels, ein Satz, den wir alle Tage bey Gerichten angewendet sehen, wo einer Appellation die Suspensivkraft versagt wird, ohne daß ein Antrag des Appellaten vorausgieng. 3) Ein besonderer Fall der Ergän-

restitut. in integr. effectu nonnunquam declaratorio in supr. Imp. Iudiciis. Giefs. 1780.

zungsgewalt des Richters wird unten in der Lehre von der Adhäsion in einer Abhandlung von Rechtsmitteln überhaupt §. XXXV. vorkommen.

XXXIV.

XVI. Das Daseyn ausserordentlicher Prozeßarten ist allemal bedingt durch einen Antrag eines streitenden Theils, und kein Richter kann von Amtswegen eine Provisional-verfügung, Sequestration, Inhibition, Arrest u. s. w. erkennen. Die fiskalischen Sachen machen hievon, wie ich schon oben [a]) bemerkte, nur eine scheinbare Ausnahme. Nur soweit der Richter berechtigt und verbunden ist, die Anträge einer Partei genau zu prüfen, ehe er ihnen willfahrt, äussert sich auch hier die Gewalt des Richters, von Amtswegen zu handeln, vermöge deren er nicht nur die Zulässigkeit einer ausserordentlichen Rechtshülfe überhaupt untersucht, sondern auch in der Art, sie zu gewähren, so wenig als möglich die bürgerliche Freyheit des betroffenen Theiles kränkt, keinen Personalarrest erkennt, wo die Güter noch Sicherheit leisten, den Arrest nach geleisteter Kaution sogleich aufhebt u. s. w.

XXXV.

XVII. Nur die Konkurse der Gläubiger machen eine Ausnahme. Jeder, welcher nur einige Erfahrung in Gerichten hat, wird bezeugen können, daß sehr viele Konkurse durch die von Amtswegen erlassenen Edictalladungen an die Gläubiger ihr Daseyn erhalten. Mehrere Gläubiger drängen sich zu Gericht; jeder will bezahlt seyn; jeder verfolgt nur als Einzelner sein Recht, und der Richter sieht aus den Umständen, daß des Schuldners Vermögen zur Zahlung aller seiner Schulden nicht zureiche. Kein Gläubiger hatte auf ein Konkursverfahren angetragen, keiner gegen die andern Gläubiger um den Vorzug gestritten, und dennoch erkennt der Richter von Amtswegen auf Einleitung zum Konkursprozesse. Dies hat aber in den ganz eignen Verhältnissen der richterlichen Gewalt bey entdeckter Insolvenz seinen Grund, und meine Leser werden bis zum künftigen Bande Nachsicht haben, wo ich diesen Gegenstand bey der allgemeinen Ansicht des Konkursprozesses ausführlich erörtern werde.

XXXVI.

XXXVI.

XVIII. Vollstreckungen der Urtheile zum Vortheil des obsiegenden Theils finden nicht von Amtswegen Statt, sondern sie setzen allemal einen Antrag des Siegers auf Execution, gewöhnlich mit Anzeige der Executionsart, voraus. Von Amtswegen handelt demnach bey denselben der Richter nur nach seiner allgemeinen Verbindlichkeit: alle Aufforderungen einer Partei um Hülfe vor ihrer Gewährung einer strengen Prüfung zu unterwerfen, welche hier um so genauer seyn muß, da es der Realisirung eines Rechtes gilt.

XXXVII.

Thätigkeit des Richters, begründet durch die Gesetze mit besonderer Rücksicht auf Qualitäten eines streitenden Theils oder des Streitgegenstandes.

In allen bisher aufgezählten Fällen ist die richterliche Gewalt von Amtswegen zu wirken, gar nicht bedingt durch besondere Eigenschaften eines streitenden Theils oder des Streitgegenstandes. Aber die Gesetze fanden in diesen beyden Rücksichten nicht selten Anrathungsgründe, den Wirkungskreis der richterlichen Thätigkeit

zu erweitern; wovon jedoch nur bey dem Daseyn einer solchen besondern Eigenschaft Gebrauch gemacht werden darf. Die hierdurch entstehenden Ausnahmen lassen sich in zwey Klassen bringen, in sofern nämlich ihr Grund in persönlichen Eigenschaften eines streitenden Theils, oder in dinglichen Verhältnissen des Streitgegenstandes ruht.

XXXVIII.

I. Aus Eigenschaften der streitenden Subjekte ist die Gewalt des Richters ausgedehnter 1) in Streitigkeiten der Bauern und anderer der Rechte unkundiger Personen, deren fehlerhaften Klagen, schon bey den Römern ihrer Anhängigkeit an Formeln ungeachtet, der Richter zu Hülfe kommen mußte *a*). 2) In Streitigkeiten frommer Stiftungen, besonders bey Legaten, welche denselben hinterlassen wurden, als für deren Erhaltung die Richter von Amtswegen Sorge tragen müssen *b*). 3) In Sachen

a) L. 1. D. de edendo. Böhmer cit. Dissertat. Cap. II. §. 4.

b) L. 28. in F. C. de Episcop. et Cler. Nov. 131. Cap. 11. u. 12. Böhmer a. a. O. §. 6.

der Pupillen und anderer mitleidswürdiger Personen c).

XXXIX.

II. Wegen Qualitäten des bestrittenen Objekts finden wir eine beträchtliche Anzahl gesetzlicher Bestimmungen, welche zum Theil dadurch nothwendig wurden, daß nach unsern bestehenden Gesetzen manche Gegenstände Justizsachen sind, welche nach natürlichen Grundsätzen diese Eigenschaft nicht an sich tragen; wobey also den gemeinschädlichen Folgen eines zu weit ausgedehnten Begriffs von Justizsachen nur dadurch vorgebeugt werden konnte, daß man in die Hände des Richters einen Theil der vollziehenden Gewalt legte, und mit Vermischung beyder Gewalten ihm erlaubte, von Amtswegen dasjenige vorzunehmen, was die Umstände erfordern.

XL.

1) Vor allem gehören hieher Causae publicae, alle Sachen, welche auf den öffentlichen Zustand einen wichtigen Einfluß haben.

c) L. 2. §. 1. D. ne de stat. def. Böhmer a. a. O. §. 9.

Nicht zu gedenken, daß dergleichen Gegenstände schon bey den Römern den Popularklagen zugezählt wurden, welche heutzutage zwar nicht mehr in Uebung sind, aber durch Einschreitung des Richters ex officio ersetzt wurden, dürfen wir uns selbst auf die Reichsgesetze berufen, indem sie in Landfriedensbrüchen oder andern fiskalischen Sachen erlauben, daß die Reichsgerichte von Amtswegen verfahren, indem die kaiserliche Wahlkapitulation befiehlt, daß Vota ad Imperatorem in Justizsachen „wenn wichtige, „den allgemeinen und öffentlichen Ruhestand „betreffende Umstände mit eintreten“ Statt finden sollen *a*), und der jüngste Reichsabschied den Reichsgerichten nachdrüklich empfiehlt, in Sachen, welche in die Polizey einschlagen, vor Erkennung der Prozesse „jedes Orts Obrigkeit „und des Status publici mit einlaufendes Interesse wohl zu erwägen *b*).“

XLI.

2) Oeffentliches Wohl war auch der geistlichen Macht ein vollgültiger Grund, in geist-

a) W. K. Leop. II. u. Franz. II. Art. XVI. §. 15.

b) §. 106. Man vergl. mein Handb. B. I. Seite 327.

lichen Sachen zum allgemeinen Besten der Kirche dem Richter eine ausgedehntere Gewalt zuzugestehen. Der Pabst *a*) rechnet dahin causfas electionum, postulationum, provisionum, dignitatum, personatuum, officiorum, canonicatuum vel praebendarum, seu quorumcunque beneficiorum ecclesiasticorum, decimarum, matrimoniorum; und man muß dem guten Pabste Clemens V. die Gerechtigkeit widerfahren zu lassen, daß er bey diesem Verzeichniß ein gutes Gedächtniß erprobt habe. Allemal wurden dergleichen Sachen als causae publicae angesehen, und die Officialeinschreitungen der Päbste als Richter aus diesem Grunde gerechtfertiget *b*). Doch bemerkt Böhmer *c*) mit Recht, daß von diesem gesetzlichen Vorzuge kein Gebrauch gemacht werden dürfe, wenn der Streit über eine geistliche Sache zunächst das Recht einer Privatperson betrifft. Al-

a) Clem. 2. De Iudiciis.

b) Im Cap. 19. X. de Elect. sagt der Pabst: „duximus ex officio nostro, sicut decuit, pro„cedendum.“ Im Cap. 4. De Elect in 6. führt er als den Grund seiner Einschreitung an: „ne diutius periculose vacent Ecclesiae.“

c) In der ang. Diss. Cap. II. §. 5.

lein ich zweifle, ob von dieser an sich gegründeten Bemerkung ein reeller Nutzen zu erwarten ist, da das kanonische Recht sich auch mit jedem mittelbaren Vortheil der Kirche begnügt, und noch kein Kenner des kanonischen Rechts in Verlegenheit über eine Wendung war, womit er den indirekten Vortheil der Kirche, jedesmal augenscheinlich darlegen konnte. Insbesondere muß auch in Ehestreitigkeiten die Gewalt des Richters zunächst nach dem Unterschiede beurtheilt werden: ob der Grund des Prozesses in einer Privatsache oder in einer öffentlichen ruht.

XLII.

3) Sachen, welche Alimente betreffen, sind von den Gesetzen mit allem Rechte begünstiget; sie beziehen den Lebensunterhalt, wofür mit Hinwegsetzung über alle Formalitäten gesorgt werden muß, da solche hier ihrem Zwecke sichtbar entgegen arbeiten würden. Schon die Römer haben Alimente denjenigen Sachen zugezählt, welche durch eine einfache Anrufung des Richters erledigt würden *a*), und den Richter verbunden, für Alimente der Pupillen von

a) L. 5. §. 8. D. de agnosc. vel alend. liber.

Amtswegen zu sorgen, wenn der Vormund nichts von sich hören läßt [b]).

XLIII.

4) Das Heyrathsguth, ob es gleich weder eine causa pia noch zu den Alimenten zu rechnen ist, wie einige Rechtslehrer irrig dafür hielten, hat durch römische Gesetze besondere Vorzüge erhalten, wegen welcher die Officialgewalt des Richters zwar nicht allgemein, doch in den vom Gesetze ausdrücklich benannten Fällen wirksam seyn kann. Dahin rechne ich: α) daß der Richter bey Abwesenheit oder Gefangenschaft des Vaters von Amtswegen das Heyrathsguth der Tochter bestimmt [a]). β) Daß der Richter von Amtswegen für Erhaltung des Heyrathsguths sorgt, wenn er den Vermögensverfall des Ehemanns wahrnimmt. γ) Daß der Richter von Amtswegen den Vater, welcher das Heyrathsguth zurückfordert, abweiset, wenn er der Verschwendung verdächtig ist [b]). δ) Daß er von Amtswegen den Vater zwingen kann, seine Tochter zu dotiren [c]).

b) §. 9. I. de suspect. tutor. Böhmer a. a. O. §. 7.
a) L. 5. §. 4. D. de jure Dot.
b) L. 22. §. 6. D. Soluto matrim.
c) Böhmer a. a. O. §. 8.

XXVIII.

Von dem Unterschiede zwischen arctatorischen und monitorischen Ladungen.

I.

Schon im vorigen Bande rügte ich die Begriffe, welche man bisher von monitorischen und arctatorischen Ladungen angegeben hat a), und ich will hier diesen Gegenstand genauer zergliedern. Man sah Ladungen als einen Befehl des Richters an, welchem eine Verbindlichkeit des Vorgeladenen korrespondiren muß. Weil indessen der Unterschied zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen nicht zu läugnen war, so gieng man, um den Unterschied zu begründen, auf die Verbindlichkeit, welche die Ladung hervorbringt, zurück, und lehrte, daß, wenn diese nur unvollkommen ist, die Ladung monitorisch, arctatorisch aber sey, wenn die Verbindlichkeit

a) Seite 429.

vollkommen ist. Es sollte also die Nichtbefolgung der arctatorischen Ladungen, Verletzung einer Verbindlichkeit seyn, und Strafen, z. B. Verurtheilung in die Kosten, Präclusion, nach sich ziehen; monitorischen Ladungen aber legte man nur die Wirkung eines Raths, einer Erinnerung (Monitum) bey, worüber sich ein streitender Theil, ohne in eine Strafe zu verfallen, hinwegsetzen könne *b*).

II.

Allein es läßt sich ein absoluter Zwang zur Rechtsvertheidigung nicht denken; jede Ladung verbindet also nur bedingt, wenn man sein Recht vertheidigen will; alle Ladungen sind demnach, an sich betrachtet, nur monitorisch, indem sie dem Vorgeladenen nur eine Gelegenheit verschaffen, sein Recht zu vertheidigen, wenn er will *a*). Sehr falsch ist es daher, wenn man den Unterschied auf, eine verschiedene, aus den Ladungen entspringende Verbindlichkeit zurückführt, und von dem Satze ausgeht, daß eine Ladung absolut verbinde.

b) Man sehe Statt Aller Böhmer Princ. Iur. Canon. §. 736.

a) Grolman §. 78. Mein Handb. Bd. I. S. 99.

Man verdoppelt den Irrthum, indem man eines Theils bey einem Gegenstande des strengen Rechts einen aus dem Gebiete der Jurisprudenz verbannten Unterschied zwischen vollkommenen und unvollkommenen Verbindlichkeiten zum Erkenntnißgrund aufstellt, andern Theils nur auf arctatorische Ladungen die Folgen ihrer Verabsäumung beschränkt, als wenn nicht auch die Nichtbefolgung monitorischer Ladungen den Verlust der unterlassenen Handlung nach sich zöge!

So lange man also auf die aus den Ladungen entspringende Verbindlichkeit zurückgeht, solange ist es unmöglich, den Unterschied zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen richtig anzugeben, und nur auf einem ganz andern Wege läßt sich der rechtliche Grund dieses Unterschieds finden.

III.

Sieht man zuerst auf die Natur der Sache, so ist es offenbar, daß alle Ladungen dem vorgeladenen Theile nur den Weg öffnen, sein Recht zu vertheidigen, und daß jeder, der sein Recht nach Wohlgefallen aufgeben kann, doch

auch den Mitteln entsagen kann, wodurch er sein Recht vertheidigen darf. Alle Ladungen sind also nur bedingt, wenn der Vorgeladene sich vertheidigen will, da bürgerliche Rechtsstreitigkeiten nur veräusserliche Rechte zum Gegenstand haben: sie sind nach natürlichen Rechtsgrundsätzen nur monitorisch. Hat nun ein streitender Theil die ihm vorgeschriebene Zeit, ohne die Handlung vorgenommen zu haben, verstreichen lassen, so hat er durch die That erklärt, daß er von dieser ihm verstatteten Vertheidigung keinen Gebrauch machen wolle, und der Gesetzgeber ist befugt, den Verlust der Handlung als Folge der Unterlassung sogleich (ipso jure) festzusetzen, ohne daß er diese Folge von weitern Terminen, Ungehorsamsbeschuldigungen und Präclusivbescheiden abhängig machte. In natürlichen Rechtsgrundsätzen ist demnach der Unterschied zwischen monitorischen und arctatorischen Ladungen nicht begründet.

IV.

Die positiven Quellen unsers gemeinen Prozesses haben zwar eben diesen Grundsatz des natürlichen Rechts, daß ein jeder auf die Mittel seiner Rechtsvertheidigung Verzicht leisten

könne, angenommen, und auf diese Maxime alle Grundsätze vom Ungehorsam der Parteien gebaut a); jedoch die Folgen verabsäumter Ladungen dadurch sehr modificirt, daß sie eine allgemeine Begünstigung der Rechtsvertheidigung auch als allgemeine Maxime der Ersten zur Seite stellten. Um nun diese Absicht zu erreichen, ließ das positive Recht bey Handlungen, deren Unterlassung dem Vorgeladenen keinen besondern Schaden zufügt, die Grundsätze des natürlichen Rechts unverändert, und bestimmte, daß die bloße Unterlassung schon bey dem ersten Termine als ein Verzicht auf die verabsäumte Handlung anzusehen sey. Aber bedenklich schien es dem Gesetzgeber, diese Grundsätze auch da mit gleicher Strenge anzuwenden, wo es Handlungen gen gilt, welche auf den Ausgang eines Rechtsstreits einen erheblichen Einfluß haben. Hier erkannte er die Begünstigung der Rechtsvertheidigung für eine überwiegende Maxime, und fand für nothwendig, verschiedene Bestimmungen über die Termine und die Folgen ihrer Vernachläßigung zu machen.

a) Mein Handb. B. I. Abhandl. XVIII.

V.

1) Einige Mittel, sein Recht zu vertheidigen, machten die Gesetze vom Gebrauche innerhalb einer genau bestimmten Zeit abhängig (Fatalia); die bekannten Fatalien bey Rechtsmitteln. 2) Andere Termine werden zwar vom Richter angesetzt, aber die Gesetze belegen ihre Verabsäumung mit dem Verluste der darin vorgeschriebenen Handlung (termini ipso lure peremtorii, oder fatalia judicis), welche sich von den ersten darin unterscheiden, daß sie aus hinreichenden Gründen vom Richter verlängert werden können, wogegen die gesetzlichen Fatalien keine Erstreckung zulassen. 3) Für die übrigen wichtigen Handlungen im gerichtlichen Verfahren begünstigten unsere Gesetze die Rechtsvertheidigung dadurch, daß sie den Verlust der Handlung nur dann eintreten ließen, wenn dieser Rechtsnachtheil ausdrücklich angedroht war, eine Ungehorsamsbeschuldigung vorhergieng, und ein Präclusivbescheid darauf erfolgte; womit sie die Verordnung verbanden, daß für die gewöhnlichen Schriftsätze im ordentlichen Verfahren erst der dritte Termin präjudicial seyn, also die beyden vorhergehenden Termine bey Verabsäumungen nur den ungehorsamen Theil ver-

binden sollten, seinem Gegner die hierdurch verursachten Kosten zu ersetzen. Aus diesen Bestimmungen flossen die sogenannten arctatorischen Ladungen, welche man den monitorischen Ladungen entgegensetzte, und wieder in dilatorische und peremtorische abtheilte.

VI.

Nur den positiven Gesetzen verdanken die arctatorischen Ladungen, im Gegensatz der monitorischen, ihr Daseyn, ob sie gleich als Regel im gerichtlichen Verfahren aufgestellt wurden, und wir finden den Grund des Unterschieds zwischen beyden nicht im Begriffe einer Ladung, sondern nur in den Bedingungen, auf welche die Rechtsfolgen vernachläßigter Termine durch das positive Recht beschränkt wurden. So sehr sie nämlich die Rechtsvertheidigung begünstigten, so nahmen sie doch Fälle wahr, wo kein Grund eintrat, den Lauf des gerichtlichen Verfahrens durch neue Termine zu hemmen oder durch Ungehorsamsbeschuldigungen und Präclusivbescheide zu erschweren; dies trat besonders bey solchen gerichtlichen Handlungen ein, wo eine Partei nicht als hauptsächlich handelnder Theil, sondern mehr als Zuschauer erscheinen

sollte, oder wo sie bey der Handlung ihres Gegners noch einen Nebenvortheil ziehen konnte; und da war es sehr zweckmäßig, in der unterlassenen Handlung einen Verzicht auf das Recht zu derselben alsogleich mit aller Wirksamkeit anzunehmen, wie wir bey den Ladungen, um schwören oder produciren zu sehen, um Fragstücke zu den Beweisartickeln zu fertigen u. s. w. wahrnehmen. Die Gesetze sahen nun solche Ladungen mehr als eine Erinnerung an, und die Ladungen erhielten den Kunstnamen monitorische Ladungen.

VII.

Für alle übrige gerichtliche Handlungen, welche nach ihrem Einfluß auf den Ausgang eines Rechtsstreits als wichtig zu betrachten sind, machen die arctatorischen Ladungen die Regel aus, und auch hiebey äussert die als Maxime angenommene Begünstigung der Rechtsvertheidigung ihre Wirkungen dahin, daß im Zweifel jedesmal nur die am wenigsten beschwerliche Art arctatorischer Ladungen angenommen werden darf. Es ist also im Zweifel jede Ladung nur dilatorisch — um einem

Termine die Kraft eines schon nach dem Gesetze (ipso jure) zerstörlichen Termins beyzulegen, wird ein ausdrückliches, diese Strenge rechtfertigendes Gesetz erfordert — und gesetzliche Fatalien müssen durch ausdrückliche Gesetze bewiesen werden.

XXIX.

Benennung des Auctors, Litisdenunciation, Intervention, Adcitation.

I.

Groß sind die Irrthümer, welche bey Bearbeitung unserer positiven Rechte entstehen, wenn die Verordnungen der Gesetze vernachläßiget und gesetzlose Raisonnements an die Stelle desjenigen gesetzt werden, was nun einmal der erklärte Wille des Gesetzgebers ist. Aber nicht geringere Irrthümer erzeugt eine Anhängigkeit an den todten Buchstaben der Gesetze, ohne in ihren Geist einzudringen, und ein übertriebenes Bestreben, nichts, als was diesem Buchstaben gemäß ist, für wahr zu halten, sollte uns auch die Natur der Sache noch so viele Gründe für die Richtigkeit eines Satzes darbieten. Beyde Extreme müssen vermieden, Raisonnement mit

den positiven Verordnungen brüderlich vereint werden. Vorzüglich in den Quellen unserer Rechte in Deutschland ist dieses Bedürfniß groß, da sie meistens nur aus Bruchstücken oder einzelnen Entscheidungen streitiger Fälle bestehen, und den spätern Nachkommen die Aufgabe hinterlassen haben, durch eine richtige Abstraction die allgemeinen Maximen daraus abzuleiten, und durch wissenschaftliche Forschungen die Lücken der Gesetze auszufüllen.

Bey den Aufforderungen zur Klage haben wir aus den zwey bekannten Fällen, welche das römische Recht *a*) entschied, allgemeine Grundsätze abstrahirt, aber bey der Benennung des Auctors, der Litisdenunciation und der Abcitation konnte diese Methode ihr verdientes Glück noch nicht vollkommen machen, noch herrscht über diese Gegenstände eine starke Dunkelheit, und man stößt bey genauerem Nachdenken auf so viel schwankendes und irriges, daß eine schärfere Untersuchung nicht ohne Nutzen ist.

a) Die bekannten Provocationen ad agendum ex Lege diffamari 5. C. de ingen. manumissis, und dem L. si contendat 28. de fideiuss.

II.

Auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung der Gesetze vorauszusetzen, kann man diese Gegenstände, welche im gemeinen Prozesse unter den prozessualischen Zwischenhandlungen gewöhnlich aufgezählt werden, aus der Natur der Sache selbst ableiten, wie ich im ersten Bande dieses Handbuchs *a*) gezeigt habe. Diese prozessualische Zwischenhandlungen wären uns demnach nicht fremd, wenn sie auch ein ausdrückliches Anerkenntniß der Gesetze nicht für sich hätten. Treffen wir nun eine Bestätigung derselben im römischen oder kanonischen Rechte an, so dürfen wir ihr Daseyn auf den concreten Fall, wie er eben zur Entscheidung die Veranlassung gab, nicht beschränken, sondern wir müssen alles Factische aus dem Gesetze ausscheiden, um zur allgemeinen Maxime, welche darin liegt, und allein Gesetz seyn kann, zu gelangen. In der Entscheidung solcher Gesetze liegt eine Anerkennung desjenigen, was die Natur der Sache allgemein festsetzt, und wir sind nicht berechtiget, andere Fälle, auf welche der Grund des Gesetzes genau paßt, deßhalb auszuschließen, weil dem Gesetzgeber nur ein Fall vorge-

a) Seite 306. u. ff.

legt war, als ob die Anführung eines Falls eine Ausschließung der übrigen enthielte!

Wie bey Provocationen aus den Gesetzen — abgesehen von allem Faktischen der Entscheidung — der darin liegende allgemeine Satz ausgehoben, und hiernach ihr Rechtsverhältniß bestimmt wurde, eben so muß man bey den prozessualischen Zwischenhandlungen zu Werke gehen, wenn die Begriffe richtig angegeben, und Irrthümer vermieden werden sollen.

III.

Benennung des Auctors.

Wer beklagt wird, über einen Gegenstand, bey welchem er nicht in eigenem, sondern in eines Andern Namen erscheint, dem kann nicht zugemuthet werden, daß er einen Streit auf sich nehme, der ihn nichts angeht; er ist der wahre Beklagte nicht, und kann dem Kläger wegen mangelnder Passivlegitimation zur Sache eine Einrede entgegensetzen. Dies thut er in der Art, daß er dem Kläger seinen Irrthum in der Auswahl des Beklagten zeigt, und denjenigen benennt, in dessen Namen der Beklagte handelte, welcher also der wahre Beklagte ist.

Die Kunstsprache bezeichnet dieses mit dem Namen: Benennung des Auctors (Nominatio seu laudatio auctoris.)

Das römische Recht hält mit der Natur der Sache gleichen Schritt, nur handelt es in der Stelle, wo es diese Wahrheit anerkennt, vom Besitzer einer fremden Sache, welcher mit einer dinglichen oder dieser gleichkommenden persönlichen Klage (actio in rem scripta) belangt wird *a*), und die Rechtslehrer fanden darin einen Grund, bey andern persönlichen Klagen die Benennung des Auctors für unzuläßig zu erklären *b*).

Allein das römische Recht schließt die Benennung des Auctors bey andern persönlichen Klagen nirgendswo aus; es kommt also nur darauf an, welches der Grund der Benennung des Auctors sey, und ob er auch bey andern persönlichen Klagen eintreten könne?

a) L. 2. C. Ubi in rem actio.

b) Danz §. 474. mit den von ihm Not. *b*. genannten Schriftstellern.

IV.

Der Grund beruht offenbar darin, daß derjenige, welcher in fremdem Namen besitzt oder handelte, nicht verbunden werden könne, einen Streit zu führen, bey dem er nicht interessirt ist, und dieser Grund paßt eben so vollkommen auf andere persönliche Klagen; denn es ist wohl einerley, ob jemand bey einer Handlung oder bey dem Besitze nur in fremdem Namen erscheint; es mangelt ihm in beyden Fällen an der Eigenschaft des wahren Beklagten, er will in beyden Fällen den Streit nicht über sich nehmen, er macht zu diesem Zwecke den wahren Beklagten namhaft, wir finden also Identität des Rechtsgrunds, des Zwecks und der Mittel, und ich sehe keinen Grund ein, wegen welches nicht auch hier eine Benennung des Auctors zuläßig seyn sollte.

Ich bin aber sogar im Stande, einige Beyspiele anzuführen, aus welchen erhellt, daß bey persönlichen Klagen eine Benennung des Auctors Statt finde. Ein Bürger schließt als Vormund eines Minderjährigen einen Vertrag, worüber ein Kontrahent nach geendigter Vormundschaft gegen den Bürger für seine Person

Klage erhebt; der Beklagte erklärt, daß er den Vertrag als Vormund abgeschlossen habe, er macht den wahren Interessenten namhaft, und begehrt, mit der Uebernahme des Streits verschont zu werden — was ist dies anders, als die Einrede des unrecht gewählten Beklagten, der mangelnden Passivlegitimation, verbunden mit der Benennung desjenigen, in dessen Namen gehandelt wurde, der also wahrer Beklagter ist? — Ein anderes Beyspiel bieten mir die Reichsgesetze selbst dar. Der Deputationsabschied vom Jahre 1600. verordnet: „Wann „einer, so vermöge der Reichsordnung für die „Austräge gehörte, mit andern seinen Unterthanen und Dienern zu beklagen: sollen die „Austräge dießfalls nicht Statt haben, sondern „solle unser kaiserl. Kammergericht, als das „höchste Gericht, ob continentiam causſae „darunter anzulangen seyn; es wäre dann, daß „die Diener oder Unterthanen für sich selbst „mit der Sache nichts zu schaffen, und allein „zu derselben als bloße Ministri gebraucht, „auch ex facto suo nicht, sondern ihr „Herr dem Kläger obligiret und condemniret werden möchte, auch der Herr die „Diener und Unterthanen selbst vertreten woll-

„te und könnte, auf welchen Fall allein „auf den Principal zu sehen und nach „Ordnung der Aufträge der Herr denselben „nicht, sondern der Unterthan und Diener „diesfalls ihm zu folgen schuldig seyn soll *a*)." Nun setze ich, es wird gegen einen Diener aus Handlungen geklagt, welche er nicht für sich, sondern im Namen seines Herrn vornahm, wofür also der Herr dem Kläger obligirt ist; sollte es nicht dem beklagten Diener erlaubt seyn, zu erklären, daß er zu der Sache als bloßes Werkzeug seines Herrn gebraucht wurde, also zu ihrer Vertretung weder befugt noch verbunden sey, damit er durch Anzeige des wahren Beklagten den ganzen Streit vor dessen Anfang von sich abwälze? und was ist seine Erklärung anders, als eine Benennung des Auctors? Noch ein dritter Fall ist mir bekannt. Die Wittwe eines Administrators war wegen der unter diesen Eheleuten Statt gefundenen allgemeinen Gütergemeinschaft nach seinem Tode zur Einnahme einiger Revenüen und zur Ablegung der Rechnungen verbunden. Ihre Geschäfte führte ihr, in einem öffentlichen Amte stehender

a) §. 23. 24. Vergl. Conc. der verbess. K. G. O. Th. II. Tit. 9. im Eing. und §. 1.

Sohn, er fertigte die Rechnungen, besorgte Einnahme und Ausgabe, und stellte über die Einnahme Quittungen aus. Noch vor abgelegter Rechnung wurde ein Handlohn zu einer dieser Verwaltungen bezahlt, und vom Sohn über den Empfang des „zur Administration des N—schen Beneficiums bezahlten Handlohns“ eine Quittung ausgestellt. Nun fiel es dem Anwalt der Konkursmasse, zu welcher dieses Beneficium gehörte, ein, gegen die Wittwe auf Ablegung der Rechnung — und gegen den Sohn auf Zahlung des eingenommenen Handlohns in zwey verschiedenen Gerichten zu klagen. Der Sohn erwiederte: daß er nicht in seinem Namen, sondern Namens der Administration, worüber seine Mutter Rechnung ablegen würde, und als notorischer Geschäftspfleger seiner Mutter über den Empfang quittirt habe, und daß der erhobene Handlohn bey der Administrationsrechnung in Einnahme würde gebracht werden. Diese gerechte Einwendung war nichts, als eine Benennung des Auctors, da sich der Beklagte auf den Mangel einer Eigenschaft berief, ohne welche die Klage gegen ihn nicht Statt finden konnte, und da er zugleich denjenigen namhaft machte, in

dessen Namen er handelte. Ich zweifle also gar nicht, daß auch bey persönlichen Klagen Nomination des Auctors geschehen könne; weder die Natur der Sache, noch das römische Recht beschränkt sie auf dingliche oder diesen gleichgeachtete Klagen, und eben so wenig auf den Fall eines Besitzes in fremdem Namen; nur müssen solche Verhältnisse obwalten, wegen welcher der Beklagte den Streit zu übernehmen gar nicht verbunden ist, und man kann wegen des Regresses, den man an einen Dritten zu suchen das Recht hat, zwar diesen zur Mitvertretung auffordern, aber nicht ihn zum Hauptbeklagten machen, und sich ganz aus dem Spiele ziehen.

V.

Die Benennung des Auctors besteht also nach dieser Berichtigung in einer Erklärung des Beklagten, daß er bey dem angebrachten Klaggegenstand nicht in eigenem Namen erscheine, mit beygefügter Anzeige des wahren Gegners in der Absicht, daß er mit der Klage ganz verschont, und diese gegen den wahren Eigenthümer angestellt werde. Ihre Eigenschaften können aus folgenden Bemerkungen entnommen werden:

1) Gänzliche Ablehnung des Rechtsstreits ist ihr Zweck, wodurch sie sich von der litisdenunciation und der Bitte um Adcitation unterscheidet, als bey welchen der Denunciant noch immer streitender Theil zu bleiben die Absicht hat.

2) Das Mittel zum Zwecke ist Benennung derjenigen Person, welche zur Uebernahme des Streits eigentlich verbunden ist. Hierdurch zeichnet sie sich von der trockenen Einrede des unrecht gewählten Beklagten oder der mangelnden Passivlegitimation zur Sache aus; denn bey diesen schränkt sich der Beklagte auf Vorschützung der Einrede ein, und überläßt dem Kläger, dasjenige aufzusuchen, was ihm zur Rechtsverfolgung dienen kann, bey der Benennung des Auctors hingegen zeigt der Beklagte seinem Gegner den Weg, auf welchem er eigentlich sein Recht verfolgen soll.

3) Der Grund kann nur im Mangel derjenigen Eigenschaft liegen, ohne welche der Beklagte den Streit in seinem Namen zu führen, nicht verbunden ist. Es wird daher hier vorausgesetzt, daß es den Anschein habe, als

finde gegen die als Beklagten gewählte Person eine Klage Statt, wogegen aber der Beklagte den Irrthum hebt, in welchem der Kläger gestanden hatte, und ihn mit den wahren Verhältnissen bekannt macht, vermöge welcher der Beklagte nicht in seinem Namen bey dem Streitgegenstand interessirt ist, womit er die Benennung des wahren Interessenten verbindet.

4) Dieser Fall wird besonders da eintreten, wo jemand beklagt wird, der eine Sache in fremdem Namen besitzt. Aber andere Fälle sind darum nicht ausgeschlossen, sondern Benennung des Auctors findet so oft Statt, als der Beklagte nicht in seinem Namen als Widersacher bey dem Streite auftreten kann, und deßhalb denjenigen namhaft macht, der als wahrer Interessent den Rechtsstreit zu führen verbunden ist.

VI.

5) Vor der Kriegsbefestigung muß die Benennung geschehen, weil sonst der Beklagte als ein muthwilliger Beklagter (liti se offerens) dem Kläger haften muß [a], es wäre denn,

a) Danz a. a. O. §. 474. Num. 2.

daß er aus einem verzeihlichen Irrthum gehandelt hätte, welchen er nach der Kriegsbefestigung verbessern will und darf.

6) Beweisen muß der Nominant nicht, daß er in fremdem Namen besitze oder gehandelt habe, denn keine Stelle des römischen Rechts verbindet ihn dazu, und die Natur der Sache gibt eben so wenig Gründe dafür an die Hand, um da weniger, als es Pflicht des Klägers ist, die Passivlegitimation des von ihm gewählten Beklagten zu berichtigen.

7) Die Schrift, worin die Nomination geschieht, muß dem Kläger mitgetheilt werden, welcher befugt ist, die Rechtmäßigkeit derselben zu bestreiten, worüber sodann, als über die Einrede des unrecht gewählten Beklagten ein Bescheid erfolgt. Hat aber der Kläger wider die Statthaftigkeit dieser Benennung des Auctors nichts einzuwenden, so bittet er, die Klage dem benannten wahren Interessenten mitzutheilen, ohne daß er eine neue Klage zu übergeben verbunden wäre, wenn anders der angegangene Richter auch in Ansehung des letzten zuständig ist; denn ausserdem wird die Sache an den ge-

hörigen Richter verwiesen, bey welchem eine neue Klage übergeben werden muß *b*).

VII.

8) Läugnet der Nominat die Eigenschaft des wahren Interessenten, so muß unterschieden werden, ob Besitz oder Handlungen in fremdem Namen der Grund der Nomination waren. Im ersten Fall bleibt es bey der deutlichen Verordnung der Gesetze, nach welchen dem Kläger, wenn er auch sein Recht auf die Sache noch nicht dargethan hat, der Besitz einstweilen zugesprochen, dem Eigenthümer aber die Ausführung des Rechtsstandes vorbehalten wird *a*). — Nur muß dieses vom Nominanten und Nominaten eingeschränkt verstanden und auf einen Dritten nicht ausgedehnt werden, denn beyde haben selbst erklärt, daß sie auf den Besitz keinen Anspruch machen, gegen beyde ist also dasjenige sehr billig, was die Gesetze hier verordnen. Sollte aber der Nominant aus Bosheit oder Irrthum eine unrechte Person als wahren Besitzer be-

b) Danz a. a. O. §. 474. Num. 4.

a) L. 2. C. ubi in rem actio. L. ult. D. de Rei Vindic. Nov. 18. cap. 10, Danz a. a. O. Num. 3.

nannt haben, so würde es in das größte Unrecht ausarten, wenn man den wahren Besitzer um seine Befugnisse bringen wollte, dadurch, daß man ihn zum Petitorium verwiese; dieser kann demnach ganz unbekümmert um das, was dritte Personen gethan haben, auch seinen Besitz gegen einen Kläger geltend machen, welcher blos zur Strafe des Nominanten und Nominaten den Besitz erhalten hat.

9) Gilt es aber Handlungen, welche der Nominant in fremdem Namen unternommen zu haben vorgiebt, und welche der Nominat in Abrede stellte, so haften beyde für den Schaden, welcher dem Kläger hierdurch verursacht wurde; die Klage wird gegen den ersten Beklagten fortgesezt, und dieser kann auf Adcitation des Nominaten dringen, oder sein Recht gegen ihn besonders geltend machen.

VIII.

Litisdenunciation.

Nicht richtiger verfuhr man bey der Litisdenunciation, deren Begriff manche Rechtslehrer auf Evictionsfälle beschränken *a*). Schon

a) Danz a. a. O. §. 473. mit den von ihm angeführten Strube Rechtl. Bed. Th. 1. Bed. 16. nebst Hommel Rhapf. obf. 191.

in den Erörterungen *b*) tadelte ich diesen Begriff, indem auch bey dem Kläger und in allen Fällen, wo ein Dritter zur Schadloshaltung verbunden ist, von der Litisdenunciation Gebrauch gemacht werden kann, und ich habe gute Gewährsmänner *c*) für diese Meynung; sie verdient aber doch, um einmal den Gegenstand ins Reine zu bringen, noch eine Untersuchung.

Wenn jemand befugt ist, über den Gegenstand eines Rechtsstreits von einem Dritten Schadloshaltung zu fordern, so ist es dieser Dritte, welchem am Ausgang dieses Rechtsstreits wesentlich liegt, und welcher in den meisten Fällen die Vertheidigungsgründe am besten angeben kann. Es ist daher nichts zweckmäßiger, als daß diesem Dritten von dem Rechtsstreite Nachricht gegeben werde, um ihm die Gelegenheit zu öffnen, daß er dasjenige vorbringe, womit das Recht des einen Theils ver-

b) Seite 251.

c) Claproth ord. Proz. §. 461. Joh. Ludw. Schmidts hinterlass. Abhandl. verschiedener praktischer Rechtsmaterien Band II. Seite 35. Martin Lehrbuch des bürgerl. gem. Prozesses.

vertheidigt werden kann, und um für die künftige Regreßklage den Vorwurf zu beseitigen, als sey die Sache durch Mangel hinreichender Vertheidigung verloren gegangen, und als hätte derjenige, an welchen der Regreß gesucht werden soll, Gründe angeben können, welche den aus Verlust des Prozesses entstandenen Schaden entfernt hätten. Diese Nachricht von einem Rechtsstreite, diese Aufforderung zur Mitvertretung desjenigen, welcher für Schadloshaltung haftet, heißt litisdenunciation, und die Natur der Sache biethet uns die wesentlichen Züge dieser Handlung auf sehr ebnen Wegen dar. Ihr Zweck ist Mitvertretung, der Grund ruht in dem Interesse desjenigen, welchem eine Regreßklage bevorsteht, und der hohen Wahrscheinlichkeit, durch ihn Vertheidigungsgründe zu erhalten. Wo wir also Einheit des Zwecks, Einheit der Gründe wahrnehmen, muß auch Identität der Sache vorhanden seyn. Natürliche Grundsätze beschränken demnach die litisdenunciation weder auf Fälle der Gewährleistung, noch auf eine dingliche Klage, noch auf einen der streitenden Theile; sie fordern nichts, als einen Streit unter zwey Parteien,

und eine dritte Person, welche einem der strei-tenden Theile für den Schaden haftet.

IX.

Das römische Recht erkennt ihre Nothwendigkeit vorzüglich in Evictionsfällen, aber ohne sie bey andern Fällen, wo der nämliche Grund eintritt, auszuschließen, indem es vielmehr bey Bürgern, im Vollmachtsvertrage von der Litis-denunciation Meldung thut a), und sie in allen Fällen, wo eine Regreßklage bevorsteht, täglich in Uebung ist.

Zwar bringt Herr Regierungsrath Danz hiegegen einen Einwurf vor, indem er behaup-tet, daß in Evictionsfällen die Litisdenunciation geschehen müsse, wenn sich der Beklagte nicht einen immer sehr beträchtlichen Nachtheil zuzie-hen will, wogegen in andern Fällen Kläger oder Beklagte von dem angefangenen Rechts-streite ihrem künftigen Gegner Nachricht geben können, ohne daß es nothwendig sey, noch rechtliche Wirkungen erzeuge, woraus denn er-helle, daß nur die in Evictionsfällen geschehene

a) L. 10. §. 12. Mandati. L. 9. D. Locati. L. ult. D. de Condict.

Ankündigung des Rechtsstreits Litisdenunciation im eigentlichen Sinne genannt zu werden verdiene *b*). Allein ich kann darin keinen überwiegenden Grund für diese Litisdenunciation im eigentlichen Sinne finden. Daß gleiche Ursachen auch gleiche Wirkungen hervorbringen, spricht gegen den Satz, daß in Evictionsfällen die Litisdenunciation nothwendig, in andern nur nützlich sey. Schadenersatz ist in beyden Fällen der Grund, welcher überall gleich stark wirkt, und seine Folgen solange äussert, bis ein klares Gesetz eine Abweichung begründet. An einem solchen Gesetze mangelt es aber um da mehr, als sogar in Evictionsfällen die Praktiker behaupten, daß die unterlassene Litisdenunciation nicht schade, wenn der Streit auch durch die Mitvertretung nicht hätte gewonnen werden können, weil die im Gesetze *c*) angeführte Ursache alsdann hinwegfällt. Wer wollte auch den Satz behaupten, daß eine unterlassene Litisdenunciation bey irgend einer Regreßklage

b) Ordentl. Proz. §. 473. Not. *a*.

c) L. 53. §. 1. De Evict. „Si, cum possit emptor auctori denunciare, non denunciasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset: hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest.“

auſſer Evictionsfällen nicht ſchade, wenn der auf Regreß Belangte zeigen kann, daß der Streit nicht verlohren worden wäre, wenn man ihm Nachricht vom Streite und damit Gelegenheit gegeben hätte, die Vertheidigungsgründe anzuführen?

X.

Litisdenunciation iſt alſo die Handlung, worin ein ſtreitender Theil von einem Rechtsſtreite demjenigen, der ihm zur Schadloshaltung verbunden iſt, Nachricht giebt, damit er ihm bey dem Streite beyſtehe. Es kommt hiebey weder auf den Grund der Schadloshaltung, noch auf die Perſon der ſtreitenden Theile an, und ich will, ohne einen Unterſchied zwiſchen eigentlicher und uneigentlicher Litisdenunciation aufzuſtellen, von derſelben die Hauptgrundſätze anführen.

XI.

1) Nur Mitvertretung iſt ihr Zweck, der Denunciant verliehrt ſeine Eigenſchaft eines ſtreitenden Theils nicht, denn Hand muß Hand gewähren, nur mit Bewilligung des Gegners

kann der Denunciant ganz von der Bühne abtreten, und der Denunciat den Streit ganz über sich nehmen.

2) Immer muß die Denunciation an denjenigen gerichtet seyn, der zunächst und unmittelbar dem Denuncianten zum Schadenersatze verbunden ist. Indessen kann auch der Denunciat denjenigen, der ihm für den Schaden haftet, und so in weitern Stufen einer den andern zur Mitvertretung auffordern. Z. B. der Bürge kann seinen Rückbürgen u. s. f. litem denunciren.

3) Wenn Mitvertretung der Zweck ist, so muß seine Erreichung möglich seyn, folglich die Denunciation zu einer Zeit geschehen, wo dem Denunciaten der Gebrauch aller Vertheidigungsmittel noch offen steht. Man muß dieses nach den Verhältnissen, in welchen die Parteien bey der Exception, Replik und Duplik stehen, abmessen.

4) Was bis zur Denunciation in einem Streite geschah, ist dem Denunciaten mitzutheilen, da er ohne diese Kommunication nicht

weiß, wogegen er die Vertheidigung zu führen habe. Schon aus diesem Grunde, verbunden mit den Beschwerden des Beweises, würde ich bey einer neuen Gesetzgebung keine auffergerichtliche Litisdenunciation zulassen, ob ich gleich nach den bestehenden Gesetzen glaube, daß sie auch auffergerichtlich geschehen könne.

5) Der Denunciat erhält nur die Freyheit, Assistenz zu leisten, er kann auf seine Gefahr ausbleiben, und die ihm zugehende Ladung ist im strengsten Sinne monitorisch. Daher sollte weder ein Ungehorsamsverfahren, noch ein Verfahren über seine Verbindlichkeit, dem Denuncianten beyzustehen, gestattet werden, sondern gleich die erste Ladung sollte ausdrücken, daß es auf seine Gefahr laufe, wenn er innerhalb des angesetzten Termins nicht erscheint *a*).

XII.

6) Die Konnexität der Sachen und die Idee der Mitvertretung bringt es schon mit sich, daß die Denunciation bey dem Gerichte geschehe, wo der Streit, in der sie geschieht, abhängig ist.

a) Martin Lehrb. §. 230. Hommel Rhapf. obs. 191. num. 7.

7) Niemals aber wird die Verbindlichkeit des Denunciaten, für den Regreß zu haften, ein Gegenstand dieser Verhandlungen; sondern wenn der Streit, worin die Litisdenunciation geschah, mit oder ohne Beystand des Denunciaten geendigt ist, so ist der Zweck derselben erreicht, und der Denunciat muß mit seiner Regreßklage an des Denunciaten ordentlichen Richter verwiesen werden.

8) Erklärt sich der Denunciat zur Vertretung der Sache bereit, so kann er bey den Handlungen des Denuncianten den bloßen Zuschauer machen, und durch dieses Stillschweigen dessen Handlungen gut heißen; oder er setzt mit dem Denuncianten den Rechtsstreit fort, sie bestellen entweder einen gemeinsamen Anwalt, oder der Denunciat führt den Streit allein, als wozu des Klägers Einwilligung nicht nothwendig ist, weil er das Recht behält, nach Ausgang des Streits sich an seinen ursprünglichen Gegner zu halten, und es ihm übrigens gleichgültig seyn muß, wer die Vertheidigungsgründe an die Hand giebt.

XIII.

Am Reichskammergerichte hat nach Hofmanns Bemerkungen *a*) die Litisdenunciation einige Sonderbarkeiten, welche hier angeführt zu werden verdienen. Erstens wird der Denunciat zur wirklichen Vertretung arctatorisch sogar mit Ausdehnung auf künftigen Schadenersatz in der Formel vorgeladen: „ad assisten„dum vel eventualiter indemnisandum,“ weßhalb die Anstellung einer besondern Entschädigungsklage im Gerichte des Denunciaten nicht nothwendig ist, sondern der Hauptstreit und der Entschädigungsprozeß zu gleicher Zeit bey dem Reichskammergerichte verhandelt werden können. Allein das letzte wird höchstens zur Uebergehung der Austrägalinstanz, niemals aber zur Bekränkung der Landesgerichte wegen des Iuris de non evocando genügen, als welches hierdurch gegen die Bestimmungen der kaiserlichen Wahlkapitulation empfindlich verletzt würde. Zweytens wird die Litisdenunciation auch noch in der Restitutionsinstanz, wenn das auf Restitution gestellte Begehren nicht abgeschlagen wird, am kaiserlichen Reichskammergericht angenom-

a) Obſervationes quaedam Iuris et proceſſus cameraе Imperialis. (Götting. 1786. 4.) obſ. 7.

men; wie aus der in Sache des Hrn. Grafen von Leyen gegen den Bar. Weyhers am 25. October 1780. gegen den Baron Breidbach von Büresheim erlassenen Ladung und dem am 31. October 1783. gegen den Litisdenunciaten ergangenen Urtheil dargethan wird. Drittens sollen zuweilen die Parteien von Amtswegen erinnert werden, um Adcitation der etwaigen Interessenten zu bitten; allein hier hat Hofmann Litisdenunciation mit der Adcitation verwechselt, wie aus dem erhellen wird, was ich unten über die Adcitation bemerken werde.

XIV.

Intervention.

Zur Verminderung der Prozesse trägt es sehr viel bey, wenn diejenigen, die bey einem Rechtsstreite von zwey andern Parteien ein Interesse haben, befugt sind, ohne einen neuen Rechtsstreit anzufangen, sogleich an diesem Rechtsstreit Theil zu nehmen, und dabey ihr Interesse zu verwahren. Die Handlung, wodurch es geschieht, heißt Intervention, und sie unterscheidet sich von der Litisdenuncia-

tion vorzüglich darin, daß sie auf freiwilliger Dazwischenkunft des Intervenienten beruht, Litisdenunciation hingegen allemal eine Aufforderung eines streitenden Theils voraussetzt, und daß bey der Intervention sogar ein selbstständiges, den Ansprüchen beyder Theile entgegengesetztes Recht geltend gemacht werden kann, bey der Litisdenunciation aber nur Antheil für das Recht eines der streitenden Theile genommen wird *a*).

Die Intervention, wenn man die unrichtigen Eintheilungen in die nothwendige und freiwillige, in die gerichtliche und aussergerichtliche übergeht, kann nur in die Hauptintervention, Nebenintervention, und gemischte Intervention abgetheilt werden. In der ersten verfolgt der Intervenient sein selbstständiges, den Rechten beyder Theile entgegengesetztes Recht, die Hauptintervention muß also immer als Klage angesehen werden. — In der zweyten kämpft der Intervenient für das Recht einer Partei, er thut dasjenige freywillig, was er bey der Litisdenunciation aufgefordert

a) Die Hauptschrift darüber ist: Claproth de Interventione Libellus. Götting. 1763. 8.

unternimmt. — Bey der dritten streitet er theils für sein eigenes, von den Rechten beyder Theile unabhängiges Recht, theils für die Befugnisse einer Partei, welche mit seinem selbstständigen Rechte im Zwecke identisch sind.

XV.

Jede Intervention, zu welcher Klasse sie auch immer gehören mag, setzt voraus

1) einen unter zwey Parteien bereits anhängigen Streit; ohne ihn ist es eine neue Klage, niemals eine Intervention.

2) Immer ist es etwas ungewöhnliches, wenn ein Dritter an einem fremden Rechtsstreite Antheil nimmt, und nur ein besonderer Grund kann die Ausnahme rechtfertigen. Dieses liegt in dem Interesse, welches ein streitender Theil an dem Rechtsstreite hat; der Intervenient muß also sein Interesse bey der Intervention anführen, und es giebt Fälle, wo er sogar verbunden ist, es zu bescheinigen.

3) Die Vertheidigung von Seite des Intervenienten darf mit keinem Eingriff in fremde

Rechte verbunden seyn; weder das Recht der ersten Instanz darf bey der Principalintervention verletzt, noch bey der accessorischen etwas Neues vorgebracht werden, dessen Vorbringung dem hauptsächlich streitenden Theile nicht mehr zukäme.

4) Freywillig, ohne alle äussere Veranlassung, Ladung oder Aufforderung nimmt der Intervenient Antheil an dem Streite zweyer anderer Personen, wodurch sich Intervention von der Benennung des Auctors, der Litisdenunciation und der Adcitation unterscheidet.

XVI.

Die Principalintervention ist Klage, welche bey einem schon vorhandenen Rechtsstreit angebracht wird; auf diesen Grundsatz geht bey dieser Art der Intervention alles zurück. Daher kann

1) das Interesse nur in einem Klagerecht bestehen, welches der Intervenient als besondern Streit hätte geltend machen können, wenn nicht über den nämlichen Gegenstand ein Streit unter andern Parteien bereits anhängig wäre.

2) Die Behauptung des Intervenienten muß in einem Vorzugsrechte bestehen, worauf der Intervenient vor beyden streitenden Theilen Anspruch macht.

3) Eben daraus folgt, daß zwischen dem Interesse des Intervenienten und dem Streitgegenstande eine innige Verbindung herrschen müsse. Denn ist sein Klagerecht ganz gesondert, so muß er einen besondern Rechtsstreit anfangen. Diese Verbindung kann nur in einer Identität des Streitgegenstandes bestehen.

4) Ist die Intervention Klage, so muß alles vorhanden seyn, was zur wirklichen Anstellung einer Klage nothwendig ist; der Intervenient muß Klägers Stelle vertreten können, und das Recht muß ein gegenwärtiges, nicht zukünftiges seyn.

5) Ob er ipso jure tutus sey oder nicht, darauf kommt es wohl nicht an: denn bey einer Klage handelt es sich von Realisirung der Rechte keineswegs davon, ob ohne Schaden die Klage noch zur Zeit hätte unterlassen werden

können. Sobald er zur Anstellung der Klage berechtigt ist, kann er, ohne von diesem Unterschied abzuhängen, interveniren a).

6) Der Intervenient wird nur nach seinem Rechte beurtheilt, dies verfolgt er, unbekümmert darum, wie weit der Streit unter andern Parteien schon seinem Ende näher gerückt sey. Daher findet in jedem Theile des gerichtlichen Verfahrens, sogar noch in der Exekution, eine Intervention Statt.

7) Nach der Vollstreckung existirt aber kein Rechtsstreit mehr: denn der Zweck aller richterlichen Gewalt ist mit der Vollstreckung ganz erreicht, nach derselben kann man sich also eine Intervention nicht denken.

XVII.

8) Das Interesse des Intervenienten macht hier eine Legitimation zur Sache aus: denn es gehört zu den Voraussetzungen, ohne welche er auf dem gewählten Wege sein Recht nicht verfolgen kann. Nach den Eigenschaften dieser Le-

a) Das Gegentheil behauptet Claproth a. a. O. §. 8.

gitimation muß also abgemessen werden, in wie, ferne der Intervenient verbunden ist, sein Interesse zu bescheinigen: nur macht zuweilen die Prozeßart oder die Lage eines schon bis zur Exe, cution vorgerückten Rechtsstreits eine höhere und schleunigere Bescheinigung nothwendig.

9) Als neue Klage muß sie in der Regel bey dem Richter erster Instanz angebracht wer, den, weil sonst dem Gegentheil sein Recht auf diese Instanz entzogen würde; in soweit jedoch Prorogation die Gerichtsbarkeit eines an sich nicht zuständigen Richters begründet, kann die Principalintervention mit Konsens des Gegners auch in der zweyten Instanz angebracht werden.

10) Sollte nur in einem künftigen Rechte das Interesse des Intervenienten bestehen, oder derselbe wegen eines Hindernisses der Bescheini, gung oder liquiden Beweise die Intervention nicht brauchen können, so bleibt ihm nichts, als eine Protestation gegen die Vollstreckung des Urtheils übrig, mit welcher er besondere Anträge zur Erhaltung und künftigen Realisi, rung seines Rechts verbinden kann.

XVIII.

11) Identität des Streitgegenstandes ist Bedingung der Hauptintervention, folglich muß sie gegen einen der streitenden Theile gerichtet seyn, da man von einem Rechtsstreit die streitenden Subjekte nicht hinwegdenken kann. Sobald man demnach gegen eine dritte, bisher noch nicht in Streit verflochtene Person Ansprüche machen will, ist ein besonderer Streit nothwendig, und eine Intervention schlechterdings nicht denkbar.

12) Ob aber die Intervention nur gegen den Kläger oder nur gegen den Beklagten oder ob sie gegen beyde als Beklagte zu richten sey, darüber sind die Gelehrten nicht einig. Claproth behauptet, daß bey persönlichen Klagen, worunter auch die actiones in rem scriptae gehören, die Intervention gegen beyde Theile zu richten sey; doch glaubt er, daß hier eigentlich, wenn der Kläger und der Intervenient ihre Rechte aus einem gleichartigen Titel herleiten, die Vorfrage verhandelt und entschieden werden sollte, wer von beyden die Klage anzustellen befugt sey. Erst wenn dieses

ent-

entschieden ist, könnte gegen den Beklagten vorgeschritten werden, da dieser sonst ohne Noth mit einem doppelten Prozesse geplagt würde. — Bey possessorischen Streitigkeiten sieht er in dem Intervenienten eine Absicht, beyde streitende Theile auszuschließen, weßhalb die Intervention gegen beyde zu richten ist. — Bey dinglichen Klagen behauptet er, daß die Intervention, wie die Klage, nur gegen den Besitzer zu richten sey, ob er gleich zugiebt, daß dem Kläger von der Intervention Nachricht ertheilt werden müsse *a*).

Allein sehr bald wird man die Sache durchschauen, wenn man in den Geist der Intervention eindringt. Der Intervenient verfolgt sein Recht über einen Gegenstand, worüber bereits unter andern Personen ein Streit anhängig ist. Es würde Klage seyn, wenn nicht das Daseyn eines Prozesses der Rechtsverfolgung die Form einer Intervention gegeben hätte; die Klage würde man nur wider den bereits beklagten Theil anstellen können, und es ist ein-

a) Claproth a. a. O. §. 15. Man vergleiche Mevius Decis. Part. VII. Dec. 219.

leuchtend, daß die Intervention als Klage immer gegen den Beklagten gerichtet seyn müsse, die Klage sey dinglich, persönlich oder possessorisch. Es wäre aber großer Irrthum, wenn man die Intervention nur als Klage beurtheilen, und ganz davon absehen wollte, daß die Klage als Intervention angebracht wird, denn der wesentliche Umstand, daß man die Klage durch Antheil an einem bereits anhängenden Streite anstellt, bringt an den Rechtsverhältnissen doch offenbar wesentliche Veränderungen hervor; man behauptet immer, ein Recht vor beyden Theilen auf den Streitgegenstand zu haben, und macht hierdurch beyde Theile zu seinen Gegnern, jede Hauptintervention muß also gegen beyde streitende Theile gerichtet seyn. Wie könnte sonst, wenn nicht auch der Kläger über die Intervention vernommen, diese also auch gegen ihn gerichtet würde, die Sache dem Intervenienten zuerkannt werden, ehe noch der Kläger sein Recht gegen den Intervenienten vertheidigt hatte? Oder sollte nicht der Kläger aus dem von ihm anhängig gemachten Rechtsstreite das nächste Recht auf vollkommene Vertheidigung haben, welches ihm durch Dazwischenkunft einer dritten Person nicht entzogen

werden kann? In jedem Falle verfolgt also der Intervenient als Kläger ein Recht wider den Beklagten, und als klagender Intervenient ein Recht vor dem Kläger; beyde Theile sind sein Gegner, und die Hauptintervention muß in allen Fällen wider beyde Theile gerichtet seyn.

XIX.

13) Sobald man von dem angezeigten Standpunkte ausgeht, sobald kann man auch die eben so wichtige Frage beantworten: welche Wirkungen die Intervention auf den Hauptstreit hervorbringe? Jede Intervention ist Anspruch auf ein Recht vor beyden streitenden Theilen, es sind also eigentlich drey Streitfragen zu entscheiden. Der Kläger fordert etwas vom Beklagten - dies ist der erste - der Intervenient fordert dasselbe vom Beklagten - dies ist der zweyte - der Kläger und der Intervenient streiten, wer vor dem andern das Recht habe - dies ist der dritte Streit. Ist keine dieser Streitigkeiten von der andern, als ihrer Präjudicialfrage, abhängig, — ein Fall, der sich seltner zutragen wird — so werden durch wechselseitige Verhandlungen diese Streitigkeiten in

einem Prozesse behandelt, und in einem Urtheil entschieden. Macht hingegen eine dieser Streitfragen einen Präjudicialpunkt, von dessen Entscheidung die Zweckmäßigkeit des andern Streites abhängt, so wird die Präjudicialfrage zuerst verhandelt und entschieden, ohne darauf zu sehen, ob die erste Klage oder ob die Intervention diese Präjudicialfrage veranlaßte. Doch muß besonders angemerkt werden, daß bey Verhandlung derselben die beyden andern Parteien mit ihrer Vertheidigung gehört werden, da sie für ihre Rechte am Ausgang dieses Präjudicialpunkts wesentliches Interesse haben, und niemals gegen einen Ungehörten etwas gültig erkannt werden kann. Ein Beyspiel zur Aufklärung!

A. und B. streiten über eine Erbschaft, weil jeder der nähere Verwandte zu seyn behauptet. Bey diesem Streite tritt C. mit einem Anspruch auf diese Erbschaft aus einem Testamente auf; hier ist die Frage vom Daseyn eines Testaments präjudicial für den vorigen Streit, weil von Intestatfolge keine Rede seyn kann, wenn ein gültiges Testament vorhanden ist, der ganze vorige Streit ist vergeblich, wenn

das Daseyn eines Testaments bewiesen wird. Es entspricht daher dem Gesetze der Zweckmäßigkeit vollkommen, daß der vorige Streit ruhe, bis über das Daseyn eines Testaments erkannt ist. Bey den Verhandlungen darüber sind aber offenbar beyde vorige Parteien, der A. und der B., gleich stark interessirt, es gilt ihren beyderseitigen Rechten, sie widersprechen beyde den Behauptungen des C., es kann also gegen sie nicht erkannt werden, wenn sie nicht in dem Streite über die Präjudicialfrage als Beklagte betrachtet und zur Vertheidigung ihrer Rechte aufgefordert wurden.

Sehr zweckmäßig nennt bey jeder Hauptintervention die Praxis drey streitende Theile schon in der Rubrik eines solchen Streits, und sie drückt hierdurch die Natur des Interventionsprozesses vortreflich aus, indem sie andeutet, daß nur nach vorausgegangener Vertheidigung dieser drey Theile, als der sämtlichen Interessenten, etwas in einer Interventionssache erkannt werden könne.

XX.

Wesentlich ist von der Hauptintervention die Accessorische verschieden. Sie ist keine

Klage, der Intervenient leistet nur einer von den Parteien Beystand, er kämpft nicht für sein selbstständiges Recht, sondern ihr Zweck ist nur Mitvertretung in Verbindung mit einem der streitenden Theile, weßhalb auch ein künftiges Recht, das Interesse vorausgesetzt, den Grund zu einer accessorischen Intervention abgiebt. Darum werden bey dieser Intervention keine drey Hauptparteien, sondern der Intervenient wird nur an diejenige Partei angeschlossen, welcher er Beystand leistet; weder am Rechtsstreit noch an den streitenden Theilen gehet eine Veränderung vor, man hängt von der ersten Instanz nicht ab, die Intervention kann zu jeder Zeit, so lange noch Vertheidigung zulässig ist, geschehen; der Intervenient wird als Streitgenosse des einen Theils angesehen, muß den Streit in der Lage, worin er ihn bey der Intervention antrifft, fortsetzen, und was dem Principal nicht mehr beyzubringen erlaubt ist, dies darf auch der accessorische Intervenient nicht weiter vortragen, und ohne daß er wirklicher Streitgenosse wäre, kann man von ihm die Aufstellung eines gemeinsamen Anwalts mit dem Theile, welchem er beysteht, fordern.

XXI.

Daß die gemischte Intervention aus beyden zusammengesetzt sey, fällt in die Begriffe. Man behauptet daher gemeiniglich, daß auch die, beyden Arten zukommenden, Verhältnisse in derselben sich vereinigten. Nur ist es schon beym ersten Blicke unverkennbar, daß die, jeder Art eigenthümlichen, Sätze nicht ohne große Beschwerde in einem Gegenstand vereint werden können. Niemals kann bey derselben das Interesse des Intervenienten vom Rechte beyder streitenden Theile ganz getrennt, den Ansprüchen beyder Theile entgegengesetzt seyn. Wie könnte man wohl eine solche Hauptintervention im vollen Vereine mit der accessorischen denken, wo der Intervenient einem der streitenden Theile beysteht? Sichtbar wird demnach hier die Qualität der Hauptintervention bedingt durch die ihr coexistirende Eigenschaft der Nebenintervention, und wir erhalten nach diesem Grundsatz eine ganz besondere Natur dieser gemischten Intervention, obgleich Claproth *a*) dieses nicht zugeben will. Sie hat 1) mit der Hauptintervention dieses gemein, daß der Intervenient sich auf ein Recht gründet,

a) a. a. O. §. 35.

welches ihm eigen und vom Rechte des Theils, welchem er beysteht, unabhängig, folglich selbstständig ist. 2) Mit der Nebenintervention hat sie dieses gemein, daß der Intervenient dabey ein gemeinsames Interesse, einen gemeinsamen Endzweck mit einem der streitenden Theile wider den andern hat; das selbstständige Recht des Interventienten muß für den Zweck einer Partei eine gemeinsame Richtung haben.

Claproth hat über diese nähere Bestimmungen ganz hinweggesehen, und deßhalb ohne alle Einschränkung behauptet, daß bey einer gemischten Intervention ihre Eigenschaft als Hauptintervention den Vorzug habe, weil sie wichtiger, und im Zusammenflusse mehrerer Verhältnisse das Wichtigere in Bestimmung der Rechtsverhältnisse vorzuziehen ist, besonders aber weil sie in mancher Hinsicht als Präjudicialfrage betrachtet werden muß.

Allein bey diesen Sätzen drang, wie mir scheint, dieser verdienstvolle Gelehrte nicht genug in die Natur der gemischten Intervention ein, was aber bey einem an sich schweren Ge-

genstand um so verzeihlicher ist, als Gesetze darüber nichts bestimmen, und dieser ehrwürdige Mann hier erst die Bahn brechen mußte. Ich will die Sache genauer untersuchen.

XXII.

Bleiben wir bey Claproths Beyspiel stehen. Ein Lehensmann ist in einem Vindicationsstreite mit dem Besitzer eines Grundstücks; der Lehensherr intervenirt, theils um sein Obereigenthum geltend zu machen, theils um dem Lehensmann beyzustehen, den er vertheidigen muß. Ist hier die Eigenschaft der Hauptintervention überwiegend? — Wer dieses mit Claproth behauptete, würde in großer Verlegenheit seyn, wenn der Besitzer die Lehenseigenschaft gar nicht in Abrede stellte. Man kann also mit Claproth nicht unbedigt behaupten, daß an der gemischten Intervention die Qualität der Hauptintervention den Vorzug habe, weil sie wichtiger sey. Alles kommt vielmehr darauf an, ob bey der gemischten Intervention Identität des Rechts bey dem streitenden Theile und dem Intervenienten, also in der Hauptintervention und der Nebenintervention nur ein Zweck vorhanden sey, oder ob die

Hauptintervention ein anderes Recht als die Nebenintervention beziele. — Im ersten Falle ist wegen Identität des Rechts keine der beyden Qualitäten vorwaltend: denn mit eben dieser Identität würde der Vorzug einer Eigenschaft im Widerspruche seyn. Im letzten Fall soll nach Claproth *a*) die Eigenschaft der Hauptintervention den Vorzug verdienen. Allein ich kann mich davon nicht überzeugen, und glaube vielmehr, daß dieser Fall zu den gemischten Interventionen mit Unrecht gezählt werde; ich will die Sache an seinem Beyspiel erläutern. Gesteht bey dem im Eingang erzählten Falle der Besitzer die Lehenseigenschaft zu, so ist darüber kein Streit; der Intervenient hat über seine lehensherrliche Rechte keinen Gegner, hier ist keine Hauptintervention vorhanden, und der Zweck seiner gerichtlichen Handlungen, der sich nur auf das Streitige erstrecken kann, ist eingeschränkt auf das Recht derjenigen Partei, welcher er beysteht, es ist nur eine Nebenintervention vorhanden. — Läugnet der Besitzer die Lehenseigenschaft des Grundstücks, worüber gestritten wird, so ist die Frage von der Lehensqualität Präjudicialfrage sowohl für die Ent-

a) am angeführten Orte §. 35.

scheidungsgründe dieses Streits, als für die Zulässigkeit seiner Nebenintervention, wie selbst Claproth einräumt. Früher kann demnach eine accessorische Intervention nicht gedacht werden.

Identität des Zwecks, für welchen man einem Theile beysteht, und für welchen man in eigenem Namen auftritt, ist also Bedingung, ohne welche eine gemischte Intervention nicht gedacht werden kann. Ein sehr passendes Beyspiel einer solchen Intervention kann man da sehen, wo ein mittelbarer Unterthan mit Uebergehung der Territorialinstanz ohne hinreichenden Grund an eines der höchsten Reichsgerichte gezogen wird; hier hat nicht nur der Unterthan gegründeten Anspruch auf die erste Instanz, sondern auch sein Landesherr ein Recht aus der kaiserlichen Wahlkapitulation auf Erhaltung der Territorialinstanz. Wenn er nun neben seinem Unterthan auftritt, sowohl um die forideclinatorische Einrede seines Unterthans zu unterstützen, als sein eigenes Recht auf Nichtevocation geltend zu machen, so arbeitet er in der Assistenz und der Verfolgung seines selbstständigen Rechts nur für einen Zweck; hier

ist also eine wahre gemischte Intervention vorhanden [b]).

Hierdurch zeigt sich in der gemischten Intervention eine eigene, von der Hauptintervention wesentlich verschiedene, Art der Interventionen, da Identität des Zwecks mit einem der streitenden Theile Bedingung derselben ist, vom Intervenienten das bestrittene Recht nicht vor beyden Theilen in Anspruch genommen, folglich der Intervenient nicht Gegner der beyden Theile wird.

XXIII.

Adcitation.

Unter allen schwebt das größte Dunkel über die Lehre von der Adcitation. Canz, welcher diesem Gegenstand eine eigene Abhand-

b) Einen sehr merkwürdigen Rechtsfall einer solchen Intervention habe ich im ersten Bande meiner Rechtsfälle (Landshut 1801. 8.) S. 91. geliefert. Noch in der Revisionsinstanz geschah die Intervention, und der kaiserliche Reichshofrath hat sie durch das Konklusum: „ponatur ad Acta“ für zulässig erklärt.

lung gewidmet hat *a*), schlägt folgenden Weg ein. Ein Dritter kann bey einem Rechtsstreite auf drey Arten in das Spiel kommen; 1) wenn er sich freywillig und zur Behauptung seines eigenen Rechts in den Streit zweyer anderer Subjekte einmischt — Intervention — 2) wenn er durch einigen äussern Zwang zur Theilnahme veranlaßt wird, und zwar um einem der streitenden Theile zu antworten (als Beklagter) — Adcitation — 3) oder um dem Beklagten beyzustehen, dem er zur Gewährleistung verbunden ist — Litisdenunciation. Daher nennt er Adcitation die Vorladung eines Dritten zu einem Rechtsstreite, gegen welchen einer der streitenden Theile, eben dieses Streits halber, ein Recht sich zueignet, deren Zweck ist, daß beyde Streitigkeiten zugleich entschieden werden *b*). Auch Danz *c*) nimmt diesen Begriff an, und beyde stellen folgenden Unterschied zwischen ihr und der Litisdenunciation auf: 1) daß diese nur in dem besondern Falle einer Gewährleistung, Adcitation

a) Differt. de Adcitatione tertii ad litem. Tübing. 1759.

b)) Canz a. a. O. §. 5—7.

c) Grundsf. des ordentl. Prozeff. §. 471.

aber in vielen andern Fällen Statt finde, so oft nämlich eine Partei gegen einen Dritten in Ansehung eines angefangenen Rechtsstreits ein mit diesem auf irgend eine Weise konnexes Recht zu haben glaubt; daher hält auch Canz die litisdenunciation für eine besondere Art der Adcitation. — 2) Daß die in der litisdenunciation erlassene Ladung nur monitorisch, die Adcitation aber arctatorisch sey, und ein Contumacialverfahren begründe. — 3) Daß bey derjenigen keine neue Partei auftrete, bey dieser aber ein Dritter zu den vorigen Parteien hinzukomme, und zwischen demjenigen, auf dessen Gesuch die Adcitation erkannt wurde, dann dem Adcitaten ein ganz neuer Rechtsstreit entstehe. — 4) Daß die litisdenunciation auffergerichtlich geschehen könne, Adcitation aber schon vermöge ihres Begriffs eine gerichtliche Handlung sey.

XXIV.

Die Erfordernisse drückt Canz in diesen Sätzen aus: 1) Der Richter muß auch in Ansehung dessen, wer adcitirt werden soll, zuständig seyn. 2) In Ansehung des Gegenstandes, worüber gestritten wird, muß einer Partei gegen einen Dritten ein Recht zukommen, wel-

ches mit der Hauptsache einigermassen verbunden ist. 3) Das Recht muß schon zur Zeit der Adcitation begründet seyn, und nicht erst vom Ausgang der Hauptsache abhängen. 4) Das Interesse gegen den Dritten muß bescheiniget werden *a*). 5) Der Richter kann auch von Amtswegen und um Nichtigkeiten zu vermeiden, die zu einem Rechtsstreit gehörigen Personen adcitiren *b*).

Beyde sehen den Adcitirten immer als Beklagten an, geben jedoch zu, daß der Kläger und der Beklagte Adcitation eines Dritten begehren könne, doch behaupten sie, daß in Hinsicht auf den Kläger ein Litis consortium das einzig denkbare Fundament der Adcitation sey *c*), der Beklagte aber kann ihrer Meinung nach Adcitation fordern, wenn ihm gegen einen Dritten ein vom Rechte des Klägers zwar verschiedenes, aber hiemit doch auf irgend eine Weise verbundenes Recht zusteht.

Kaum wird man sich in alle diese Sätze hineinfinden können, wenn man nicht durch die

a) am ang. Orte §. 28.

b) Danz §. 472. nro. 2. Canz a. a. O. §. 19.

c) Canz a. a. O. §. 20. u. 21. Danz a. a. O. nro. 3. Note *c*.

Fälle, welche diese Schriftsteller dahin zählen, in die Sache tiefer zu sehen sich bemüht. Ich will daher diese Fälle aufzählen, und zu gleicher Zeit Winke geben, wie wenig Consequenz in denselben herrscht.

XXV.

1) Wenn der Bürge vom Gläubiger belangt wird, und der Bürge in der Furcht eines schiefen Ausgangs dieses Streits sogleich auf Vorladung des Schuldners dringt, um von ihm dasjenige, was er dem Gläubiger zahlen muß, wieder zu erhalten, so tritt Adcitation ein, woraus denn ein doppelter Rechtsstreit sich bildet; der erste zwischen Gläubiger und Bürgen, wobey der Bürge beklagter Theil ist; der andere zwischen Bürgen und Schuldner, wobey der Bürge als Kläger auftritt *a*). Allein dies sind offenbar zwey Prozesse, zwey verschiedene Klagen, und der Schuldner, wenn man ihn zur Zahlung anhalten will, kann zum Streite des Bürgen nicht adcitirt werden. — Im Worte adcitiren liegt es schon sichtbar, daß der Ad-

a) Canz §. 4. Note *b*.

Adcitat etwas bey dem Streite thun soll, zu welchem er mit vorgeladen wird.

2) Wenn jemand sein Grundstück verpachtet, dieser aber das nämliche Grundstück einem dritten sublocirt hat, so glaubt Canz [b]), die Adcitation des Subconductors bey einer Klage des Verpächters auf das Pachtgeld habe Statt, sobald der Subconductor unter dem Richter steht, bey welchem die Klage angebracht wurde. Wer sieht aber nicht ein, daß der Verpächter sich nur an seinen Miethsmann hält, gegen diesen auf Zahlung dringt, und es ihm übrigens überläßt, gegen wen immer zu klagen, um seine Rechte gegen jeden Dritten geltend zu machen?

3) Sobald mehrere aus dem nämlichen Rechtsgrund als Litisconsorten belangt werden können, steht es bey dem Beklagten, die Adcitation der übrigen zu begehren, wenn ihm daran liegt, den Streit ganz, nicht blos für seinen Antheil geendigt zu sehen; auch der Kläger kann, wenn ihm die Einrede der Theilung oder

b) Canz §. 10.

mehrerer Streitgenossen entgegengesetzt worden, auf Adcitation der übrigen dringen c).

4) So oft erkennt Canz von Seite des Beklagten das Recht, Adcitation eines Dritten zu fordern, als der Dritte auffer dem Fall einer Eviction zum Schadenersatze bey persönlichen Klagen verbunden ist d), und er denkt sich die wirkliche Leistung des Schadenersatzes, diesen neuen Streit, als Gegenstand der Adcitation.

XXVI.

Näher, und wie ich glaube richtiger, bestimmt Martin a) den Begriff der Adcitation, wenn er ihren Zweck dahin angiebt, daß der Adcitirte sein, bey einem Rechtsstreite in Frage kommendes, unmittelbares Interesse wahrnimmt. Nur bey vorhandenem unmittelbaren Interesse nimmt dieser Schriftsteller eine Adcitation an, und er bemerkt sehr schön, daß ein nur mittelbares Interesse nichts, als eine Litisdenunciation veranlassen könne.

c) Ebend. §. 20.

d) in der angef. Diss. §. 23.

a) Lehrb. des gem. bürgerl. Proz. §. 229.

Es leuchtet jedem von selbst ein, wie schwankend noch der Begriff der Adcitation sey, und wie wenig Gründliches in einem Gegenstand sich hoffen lasse, dessen Begriff in seinen Theilen noch so wenig bestimmt ist. Mangel an Gesetzen erschwert die Sache, wenigstens hindert er manches an sich richtige Resultat an seinem Eingange in den Gerichten; indessen will ich den Versuch wagen, diesen Gegenstand auf feste Grundsätze zurückzubringen.

XXVII.

1) Adcitation ist nur als prozessualische Zwischenhandlung denkbar; die Eigenschaft einer Zwischenhandlung scheint mir zu fordern, daß der Grund und Zweck einer Adcitation mit dem Zwecke des Streits, wozu die Adcitation erfolgt, in Verbindung stehe.

2) Verbindung im allgemeinen ist auch bey der Benennung des Auctors, der Litisdenunciation und der Intervention vorhanden. So lange daher der Grund dieser Verbindung nicht ausgemittelt ist, läßt sich der Begriff der Adcitation und ihr Rechtsverhältniß nicht bestimmen, und darin liegt wohl der gan-

ze Fehler, den man bisher begieng, daß man sich mit irgend einer Verbindung generisch begnügte, ohne specifisch die Art der Verbindung zu erforschen.

3) Wenn es nun eine ausgemachte Wahrheit ist, daß die Dinge nicht ohne Noth vervielfältigt werden dürfen, daß Sachen, wofür die Quellen unserer Rechte einen eigenen Namen und Begriff, eigene Wirkungen, einen eigenen Gang der Handlungen festgesetzt haben, nicht mit denjenigen identisch oder zu verwechseln seyen, wo wir einen andern Namen, andere Wirkungen antreffen, so folgt, daß nichts, was schon in einer andern prozessualischen Zwischenhandlung enthalten ist, das Wesen der Adcitation ausmachen könne. Zu einem richtigen Begriffe der Adcitation kann man also nur dann gelangen, wenn man die Fälle durchgeht, wo ein Dritter bey einem Rechtsstreit in Betrachtung gezogen werden kann, hierbey die Fälle absondert, wo die Gesetze schon durch andere bestimmte Mittel gesorgt haben, und aus dem Ueberreste der Fälle, welche in keine der bisherigen Klassen passen, die Sphäre der Adcitation abzeichnet, aus den Fällen den Begriff abstrahirt,

und aus ihm die rechtlichen Verhältnisse bestimmt. — Keine kleine Aufgabe!

XXVIII.

Wer in eigenem Namen beklagt wird, wo es ihm an den Eigenschaften mangelt, ohne welche er als Beklagter bey einem gewissen Rechtsstreit nicht gedacht werden kann, daher unter Benennung des wahren Eigenthümers oder Gegners vom Rechtsstreite ganz loszukommen sucht, der will die Entstehung des gegen ihn angebrachten Streits hindern; es existirt kein Streit, zu welchem ein Dritter hinzugeladen wird, eine Adcitation ist hier nicht möglich, und die Fälle der Benennung des Auctors können im Begriffe einer Adcitation nicht liegen (§. V.).

Wenn jemand unaufgefordert Antheil an einem Rechtsstreit zweyer Parteien nimmt, so ist eine Vorladung des Dritten überflüssig; daher muß sich in der Veranlassung des Antheils, welchen der Dritte an einem Rechtsstreit nimmt, Adcitation von der Intervention unterscheiden (§. XV.)

Wo nur Mitvertretung der Zweck und das Recht, dereinstens Schadenersatz vom andern zu fordern, der Grund ist, wegen welches ein Dritter bey einem Rechtsstreite in Betrachtung kommt, da haben die Gesetze schon in der Litisdenunciation das Mittel angegeben, wodurch der Dritte zum Antheil an den Rechtsstreit gebracht, wenigstens aller Vorwurf beseitiget werden kann, wenn auch die Aufforderung auf ihn keinen Eindruck macht. Es gilt hier kein Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen (§. IX. u. X.); folglich können die zur Litisdenunciation geeigneten Fälle in die Klasse der Adcitation nicht gebracht, das hier unterlaufende mittelbare oder entfernte Interesse in den Begriff der Adcitation nicht aufgenommen werden, soweit von Mitvertretung die Rede ist.

Höchst irrig zählt aber Canz *a*) zur Adcitation die Fälle, wo der Beklagte wider einen Dritten den Regreß suchen kann, und bey der wider ihn angestellten Klage die Adcitation dieses Dritten begehrt, nicht um denselben zur Mitvertretung aufzufordern, sondern um seine

a) a. a. O. §. 4. 10. und 23. Vergl. oben §. XXV.

Regreßklage gegen ihn anzubringen. Gerade diese schiefen Beyspiele brachten in die ganze Lehre von Adcitation so viele Irrthümer. Ich muß also hiebey etwas länger verweilen. Bey dem Kläger erkennt Canz das Consortium litis als den einzigen Grund, die Adcitation eines Dritten als Mitbeklagten zu begehren *b*). Wie will er von Seite des Beklagten einen andern Grund rechtfertigen, da die Rechte beyder streitender Theile gleich sind, und Canz kein Gesetz anzuführen vermochte, wodurch diese Grundregel des gerichtlichen Verfahrens *c*) bey der Adcitation abgewürdiget wäre? Niemals kann der Kläger, ob er gleich sehr oft auch gegen einen Dritten seinen Regreß zu suchen berechtigt ist, die Adcitation dieses Dritten begehren, um seine Regreßklage gegen ihn mit der andern Klage sogleich anzubringen, weil es eine unerlaubte subjektive Klagenhäufung

b) §. 21. der angef. Dissert.

c) Mein Handb. Bd. I. Seite 310. Canz beruft sich zwar auf den L. 2. §. 5. D. de Aqua et Aq. pluv. arcend. act., wo der Satz aufgestellt ist: quod mihi prodest et alteri non nocet, illud impediri nequit; allein solche Beweisarten haben wir in der Rechtswissenschaft schon lange aufgegeben.

wäre. Ihm bleibt nichts übrig, als den Dritten zur Assistenz aufzufordern, und in einem gesonderten Rechtsstreit seiner Zeit von dem Dritten Schadenersatz zu begehren. Eben dies muß bey dem Beklagten gelten, und es stößt nicht nur wider die Gleichheit der Rechte unter den Parteien, sondern auch wider andere Rechtswahrheiten an, wenn Canz in solchen Fällen eine Adcitation zulassen will; denn so lange der Streit noch nicht geendigt ist, existirt der Schaden nicht, dessen Ersatz der Zweck der Klage wäre, es mangelt also am gegenwärtig geltend zu machenden Rechte, ohne welches eine Klage nicht denkbar ist; und doch behauptet Canz d), daß der Beklagte, soweit er einen Dritten adciriren läßt, als Kläger anzusehen sey!

XXIX.

Aber noch andere Fälle sind übrig, auf welche die andern Mittel nicht passen, welche daher einer besondern Hülfe bedürfen, und ein so ganz eigenes Verhältniß erzeugen, daß dabey besondere rechtliche Bestimmungen nothwendig werden.

d) am ang. Orte §. 4. Not. b.

1) Zwey Personen haben einen Acker im gemeinsamen Eigenthum, welchem auf dem angränzenden Grundstück eine Dienstbarkeit zukommt, welche der Besitzer des dienstbaren Guthes ableugnet. Einer will klagen, der andere Miteigenthümer weigert sich, an der Klage Antheil zu nehmen, theilbar ist die Klage nicht, und der Beklagte verweigert unter dem Schutze der Einrede, daß nicht alle Interessenten als Kläger auftraten, die Einlassung auf die Klage: wie soll sich der Kläger aus der Verlegenheit helfen?

2) Der Kläger stellt aus mehreren Streitgenossen die Klage nur gegen einen an. Der Beklagte könnte zwar durch die Einrede mehrerer Streitgenossen sich wider die Klage schützen, aber wenn ihm am Ausgang des Streits liegt, und er befürchten muß, daß der Kläger zum Schaden des Beklagten die Klage noch eine Zeit lang ruhen ließe, was soll der Beklagte thun?

3) Nur zwey Personen treten bey einem Streite als Parteien auf, worüber der Richter schon zum Vortheil eines Dritten in einem andern Rechtsstreite erkannt hat, oder wobey er

bemerkt, daß noch andere Personen wahre Interessenten bey dem Rechtsstreite sind, und bey demselben als mitstreitende Theile nicht genannt wurden. Der Richter sieht, daß es an der Legitimation zur Sache mangelt, wofür er von Amtswegen wachen muß; er sieht, welche Personen bey dem Streite noch auftreten sollten; auf diesen Fall paßt weder Intervention noch Litisdenunciation, man bedarf eines neuen Mittels, und hat es in der — Adcitation.

XXX.

Adcitation ist demnach eine Ladung, wodurch einer, welcher bisher bey einem Streite noch nicht aufgetreten ist, als principaliter mitstreitender Theil zu demselben vorgeladen wird. Sie setzt also 1) einen Streit zweyer andern Personen voraus, und eine Person, welche zwar nicht für ihr Interesse am Rechtsstreit, doch aber in soferne als Dritter betrachtet wird, als sie bisher im Streite noch nicht auftrat. Durch diese Voraussetzung unterscheidet sie sich von der Ladung des Klägers oder des Beklagten, denn dieser wird nur citirt, der Namen adcitirt paßt auf ihn nicht. Aus diesem

Grunde ist es im Rechtssinne keine Adcitation, wenn der Kläger nach der vom Beklagten vorgebrachten Einrede mehrerer Streitgenossen eine auf sämtliche Konsorten gerichtete Klage übergiebt, und ihre Vorladung begehrt; denn hier, wo der Beklagte auf die Klage sich einzulassen nicht verbunden war, fängt erst mit der verbesserten Klage der Streit an, und sämtliche Beklagte werden citirt, keiner zu einem bestehenden Streite hinzugeladen *a*). 2) Weil Ladung da überflüssig ist, wo der vorzuladende freywillig erschien, so unterscheidet sich Adcitation von einer Intervention, weil ein Dritter bey dieser unaufgefordert, bey derjenigen nur nach vorausgegangener Ladung erscheint. 3) Vorgeladen wird der Dritte als principaliter mitstreitender Theil; nur als mitstreitender Theil, die vorigen Partesen bleiben also beym Streite; dies zeichnet die Adcitation von der Benennung des Auctors aus; aber als principaliter mitstreitender Theil, dies ist nur unter der Bedingung eines wahren Litiskonsortiums denkbar; Streitgenossenschaft ist

a) Sehr gut drückt dieser von Grolmann §. 160. gewählte Ausdruck, die Natur der Adcitation aus.

also die Eigenschaft, welche im Adcitaten vorhanden, und der Grund seiner Adcitation seyn muß. Dieses bildet die Gränzlinie zwischen der Litisdenunciation und der Adcitation; der Litisdenunciat soll nur vom Streite, wobey er nicht auf gleiche Weise mit einer Partei, sondern nur des künftigen Regresses wegen interessirt ist, Nachricht erhalten, um dem Denunciaten beyzustehen, demselben als principaliter streitender Partei Vertheidigungsgründe anzugeben; bey der Adcitation hingegen wird er Mitkläger oder Mitbeklagter, sein Recht oder seine Verbindlichkeit muß also die zu dieser Rolle nöthigen Eigenschaften an sich tragen, und der Grund seiner Adcitation muß Streitgenossenschaft seyn. 4) Als mitstreitender Theil, für sein gegenwärtiges Recht wird er vorgeladen, er ist Mitkläger oder Mitbeklagter, wenigstens eine Hauptperson bey dem Streite, er hat keine accessorische Qualität; sein Nichterscheinen begründet also ein Kontumacialverfahren, welches nach den Folgen des Ungehorsams bey den streitenden Hauptpersonen beurtheilt werden muß.

XXXI.

Aus dieser näheren Bestimmung des Begriffs der Adcitation fließen folgende Sätze,

welche die rechtlichen Verhältnisse bey Adcitatio-nen ausmachen.

I. Die Beyziehung eines Dritten zu einem schon existirenden Rechtsstreit ist immer eine Abweichung vom gewöhnlichen Gange des gerichtlichen Verfahrens, welche eines hinreichenden Rechtfertigungsgrundes bedarf. Dieser ruht entweder in einer Streitgenossenschaft, welche bey dem Adcitaten in Beziehung auf einen streitenden Theil vorhanden ist, oder darin, daß der Adcitat als wahrer Principalinteressent bey dem Streitgegenstand anzusehen ist, ohne dessen Vorladung zum Streite man nicht sagen kann, daß alle wahre Eigenthümer bey dem Streite aufgetreten seyen, folglich dem Punkte der Legitimation zur Sache kein erheblicher Zweifel entgegenstehe.

II) Die Adcitation wird entweder auf Anrufen einer Partei oder vom Richter von Amtswegen verfügt. Das letzte geschieht so oft, als dem Richter solche Umstände bekannt sind, welche seine Thätigkeit für Berichtigung des Legitimationspunkts rege machen, welches durch wichtige Fälle belegt werden kann. Zwey Un-

mittelbare stritten am kaiserlichen Reichskammergerichte über den Besitz der Landeshoheit in einem Dorfe, dessen Besitz vorher einem dritten Reichsstand bey einem andern Streite schon zuerkannt war. Hier hätte dieser Reichsstand mit einer Hauptintervention auftreten können, da er dieses aber unterließ, so war zu besorgen, daß es einer dieser Parteien an der Legitimation zur Sache mangle, und der Zweck des gerichtlichen Verfahrens forderte schlechterdings, daß der Richter von Amtswegen durch Adcitation dieses dritten Reichsstands diejenigen sämtlich in das Spiel zog, welchen ein Widersprechungsrecht über diesen Streitgegenstand zukommt; deßhalb hat das kaiserliche Reichskammergericht in diesem Fall die Adcitation von Amtswegen im Jahre 1793. erkannt a); in der berühmten Streitsache des Hrn. Fürstbischofs von Lüttich gegen Natal Joseph Levoz wurden die Besitzer der

a) Den Streitgegenstand und die Parteien kann ich dermal nicht näher angeben; nur soviel erinnere ich mich, daß Löwenstein Wertheim dabey interessirt, und Kurmainz adcitirt wurde. Bey dem doppelten Wechsel meines Wohnorts entkam mir dieses Excerpt, ich werde aber im nächsten Bande davon genauere Nachricht geben, wenn meine Bitten zu W. von einigen Freunden nicht unerfüllt bleiben.

Redoute und Vauxhall zu Spaa am 28. März 1786 vom Reichskammergerichte adcitirt *b*). Noch ein sehr lehrreicher Fall über diesen Gegenstand soll zur Probe, welchen Schaden die Verkennung dieser offenbaren Wahrheiten hervorbringen kann, am Schlusse dieser Erörterung vorgelegt und beurtheilt werden.

XXXII.

III. In allen Sachen, sie seyen possessorisch oder petitorisch, findet Adcitation Statt; nur kann im possessorischen summarischen Prozesse die schleunige Verfügung des Richters durch keine Adcitation aufgehalten werden. Sobald aber die hier nicht selten obschwebende Gefahr auf Verzug gehoben ist, kann von der Adcitation unstreitig Gebrauch gemacht werden, wie die im vorigen Paragraph angeführten Beyspiele zeigen, wo das kaiserliche Reichskammergericht in Mandatssachen über Besitz eine Adcitation von Amtswegen erkannt hat.

IV. Daß die Adcitation nur als gerichtliche Handlung denkbar sey, liegt im Begriffe,

b) Hofmann Observat. quaedam Iuris et processus Camerae Imper. (Götting. 1786. 4.) Seite 39.

denn sie ist immer eine Citation, und die Prädicate derselben kommen auch jener zu. Daß also Zuständigkeit des Richters erfordert werde, ist eine unbezweifelte Folge dieses Grundsatzes; aber unrichtig beurtheilt Canz [a]) diese Competenz, wenn er bey ihr nur auf den Adcitirten sieht, weil er in dem Adcitaten immer nur den Beklagten zu finden glaubte. Man muß daher auf den Zweck der Adcitation Rücksicht nehmen. Soll 1) jemand adcitirt werden, um als Streitgenoß des Klägers an dem Streite Theil zu nehmen, so kommt es in Beurtheilung des Gerichtsstands nur auf den Beklagten und nur auf den Hauptstreit an, die Adcitation des Mitklägers ist hier eine Vorbereitungs- oder Incidentsache, sie muß also bey demjenigen Richter geschehen, vor welchem die Hauptsache anhängig ist, wie diesen allgemein gültigen Satz Koch [b]) von Provocationen sehr schön bewiesen hat. 2) Eben dieser Grundsatz tritt ein, wenn ein Dritter zur Berichtigung der Legitimation zur Sache vorgeladen wird, um sein selbstständiges

Recht

a) in der ang. Dissert. §. 32. 33.

b) Diss. de foro competente provocationis ex L. diffamari. Giss. 1777.

Recht gegen einen jeden der beyden bisher strei-
tenden Theile auszuführen, worüber die Grund-
sätze oben bey der Hauptintervention vorgetragen
wurden, welche hier vollkommene Anwendung,
nur mit dem Unterschied finden, daß dort die
Verfolgung des Rechts vom Intervenienten frei-
willig, hier vom Adcitaten nach geschehener Auf-
forderung geschieht. 3) Soll hingegen die Ad-
citation wider einen neuen Mitbeklagten geschehen,
so wird erfordert, daß der adcitirende Richter
auch in Ansehung des Adcitaten zuständig sey,
und Connexität der Sachen kann hier, wo nur
Continentia causae den Gerichtsstand bestimmt,
nicht zum Vorwand genommen werden, um
den Adcitaten der Gerichtsbarkeit eines an sich
nicht zuständigen Richters zu unterwerfen.

V. Jede Adcitation hat die Absicht, den
Adcitaten als mitstreitende Hauptpartei in den
Prozeß zu ziehen; folglich kann sie nicht mehr
Statt finden, wenn das Urtheil vollzogen und
hierdurch der Streit ganz geendigt ist: denn
wer wollte sich einen Mitstreiter da denken, wo
der Streit im Rechtssinne nicht mehr existirt?

XXXIII.

VI. Daß aber in jedem Theile des gerichtlichen Verfahrens Adcitation der Regel nach zugelassen werde, es wäre denn, daß ihr zu spätes Anbringen offenbar zum Nachtheil eines der streitenden Theile gereichen würde a), ist eine unzureichende Lehre. Denn wer kann hieraus beantworten, zu welcher Zeit der Nachtheil entstehe, und welcher Nachtheil ihre Verwerfung begründe? Man muß vielmehr unterscheiden, ob der Grund der Adcitation in der Streitgenossenschaft des Adcitaten bestehe, oder in seinem Interesse, welches in die Legitimation zur Sache eingreift (§. XXIX. n. 3.) — Im letzten Fall ist die Konkurrenz des Adcitaten mit der Hauptintervention identisch: denn er verfolgt sein selbstständiges Recht wider beyde Theile, und der Unterschied, daß der Hauptintervenient freywillig, der Adcitat aber aufgefordert am Streite Theil nimmt, ist hier zufällig, wo nicht die Veranlassung seines Erscheinens, sondern der Einfluß seines Interesse auf die Legitimation zur Sache, die Vertheidigung seines selbstständigen, mit dem andern Rechtsstreite innig verbundenen Rechts der einzige Maas-

a) Canz am ang. Orte §. 32. 33.

stab ist, nach welchem die rechtlichen Verhältnisse abgemessen werden müssen (§. XIX.). Im ersten Fall hingegen findet Adcitation so lange Statt, als kein Eingriff in wohlerworbene Rechte geschieht, welche auf eine zweyfache Weise verletzt werden; 1) wenn der Adcitat seine Rechte nicht mehr vollkommen vertheidigen könnte, weil das Verfahren schon zu weit vorgerückt ist, als daß noch vollkommene Vertheidigung möglich wäre, ein Fall, der besonders bey einer erst in der zweyten Instanz begehrten Adcitation eintritt. — Hier gilt es nur dem Rechte des Adcitaten, auf welches er durch Theilnahme am Rechtsstreit, der verspäteten Adcitation ungeachtet, Verzicht leisten kann 2) Wenn die Adcitation die Rechte des Gegners aus der bisherigen alleinigen Erscheinung der um Adcitation eines Dritten bittenden Partei aufheben würde; sey es nun dadurch, daß unter der Maske eines Adcitaten nur ein accessorischer Intervenient oder ein litisdenunciat aufträte, und Einreden oder Beweise beybringen wollte, welche der streitende Hauptheil vorzutragen nicht mehr das Recht hat; sey es dadurch, daß etwa bey einer Correalverbindlichkeit der Kläger aus der unterlassenen Exceptio or-

dinis vel divisionis ein Recht wider den Beklagten erhalten hätte.

XXXIV.

VII. Wenn nicht eine Adcitation von Amtswegen erkannt wird, so fängt das Verfahren mit der Bitte um Adcitation an. In derselben wird des bisher schon anhängigen Rechtsstreits nur soweit Meldung gethan, als der Zweck dieser Schrift fordert; hierauf zeigt man, daß ein Dritter als Streitgenoß oder in Beziehung auf Legitimation zur Sache bey dem Streite auftreten soll; man führt das Interesse an, welches der Bittende bey Erscheinung des Adcitaten hat, und bittet um seine Adcitation.

VIII. Bey jeder Adcitation ist sowohl der Adcitat, als der Gegner der um Adcitation bittenden Partei wesentlich interessirt (§. XXXIII.). Wenn also auch der Richter nach vorgegangener Prüfung des Adcitationsgesuchs die Adcitation erkennt, so muß er dennoch von der erkannten Hinzuladung auch dem Gegner desjenigen, welcher die Adcitation begehrt hat, Nachricht geben, damit er hierauf seine Rechte vertheidigen kann. Uebrigens lehrt schon die Eigenschaft ei-

ner mitstreitenden Hauptperson, welche der Adcitat an sich trägt, daß ihm alle bisher gepflogene Verhandlungen in Abschrift mitzutheilen sind, wenn nicht ihr zu großer Umfang es räthlicher macht, ihm ausdrücklich die Einsicht der Akten, und die Mittheilung der vom Adcitaten geforderten Aktenstücke zu Ersparung der Kosten zu verstatten.

XXXV.

IX. Der Zulässigkeit einer Adcitation können vom Adcitaten oder vom Gegentheil ihres Impetranten Einreden entgegengesetzt werden, welche entweder auf die Eigenschaft eines Widersachers bey einem Rechtsstreite sich beziehen, und gerade so, wie Zweifel über die Aktiv- und Passivlegitimation zur Sache verhandelt, sodann entschieden werden; oder welche die sonst in der Adcitation liegenden Rechtsverletzungen betreffen (§. XXXIII.). Diese machen einen Incidentpunkt im Verfahren.

X. Steht der Adcitation kein rechtliches Hinderniß im Wege, und erscheint der Adcitat, so handelt er, wenn die Adcitation in einer Streitgenossenschaft ihren Grund hatte, ne-

ben und mit seinem Streitgenossen bey einem Rechtsstreit, denn sie sind litis consortes, dahingegen handelt er, wie oben bey der Haupt. intervention vorkam, wenn er für sein selbst. ständiges, den Absichten beyder streitenden Theile entgegenstehendes, Recht adcitirt war.

XI. Erscheint der Adcitat nicht, so findet ein Kontumacialverfahren gegen ihn Statt; aber verschieden ist der Rechtsnachtheil, in welchen er verfällt, je nachdem er nur als Streitgenoß oder zur Vertheidigung seines selbstständigen Rechts adcitirt war. Im ersten Falle wird er zwar im Rechtssinne als erscheinend, und seine Vertheidigung als geführt angesehen, aber soweit er Streitgenoß ist, nützt auch ihm die von seinem Mitgenossen geführte Vertheidigung, und das gegen ihn zu verhängende Präjudiz kann nur in der Präclusion mit seiner besondern Vertheidigung und in seinem Konsense in das Vorbringen seines Mitgenossen bestehen. Im zweyten Falle hingegen ist er eine besonders streitende Partei, es finden also gegen ihn die Präjudizien Statt, welche von den Gesetzen wider die ungehorsamen streitenden Hauptpersonen eingeführt worden sind.

XXXVI.

Sehr instruktiv für die Lehre von Adjudication ist ein Rechtsfall, welcher mit der Ueberschrift: ein seltner Fall aus Gelegenheit eines Konkurses, in einem beliebten Werke a) erzählt wird. Bey einem wichtigen Konkurse kamen vier Gläubiger nach dem Locationsurtheil in folgender Rangordnung auf einander:

16) Johann Fischer
17) Friedrich Maier
18) Wilhelm Stolp
19) Ludwig Braun.

Braun appellirte, weil er sich auf eine öffentliche, den übrigen drey Privathypotheken vorgehende Hypothek begründete, und wurde in der Appellationsinstanz vom 19. in den 16. Platz gestellt. Nun zeigte sich, daß der 18. Platz nur zur Hälfte, der 19. aber gar nicht mehr befriedigt werden konnte. Die nach dem Appellationsurtheil an diesen Plätzen befindliche Maier und Stolp ergriffen also die Revision, und Fi-

a) Gemeinnützige Beobachtungen und Rechtsfälle (von Gmelin und Elsässer) B. I. S. 92.

scher beruhigte sich stillschweigend bey dem Appellationsurtheil, weil er sich immer des 16. Platzes aus dem ersten, oder des 17. aus dem zweyten Urtheil versichert hielt. Im Revisorium ward gesprochen, daß Maier und Stolp dem Braun vorgehen sollten, und nach dem Satze: si vinco vincentem te, vinco etiam te, würde nun das Locationsschema seyn:

16) Maier
17) Stolp
18) Braun
19) Fischer,

und Fischer würde Nichts erhalten. — In der Beurtheilung dieses Falls äussert der Verfasser, daß dem Fischer die unterlassene Revisionsergreifung großen Nachtheil verursachen dürfte. Er glaubt also, daß Fischern nur dadurch zu helfen sey, wenn er zeigen könne, daß die braunische Hypothek, insoferne sie für eine öffentliche angegeben werden wollte, wirklich nichtig und hinfällig, mithin auch nichtig erkannt worden sey. —

Sicher hat das Revisorium sein Urtheil nicht gut ausgedrückt, und wenn der angeführ-

te Sinn darin liegt, eine Nullität begangen, welche nicht leicht ihres Gleichen hat. Haben Stolp und Maier das Appellationsurtheil angegriffen, weil die braunische Hypothek keine öffentliche ist, so war das Revisorium verbunden, mittelst Reformirung des Appellationsurtheils Braun in den 19. Platz zurückzuweisen, und das erste Locationsurtheil, welches Stolp und Maier wegen des Vorgangs des Fischer vor ihnen rechtskräftig werden ließen, wieder herzustellen. Ruhte aber die Beschwerde der Revidenten und die Entscheidung auf einem andern Grunde, welcher auf den Vorzug des Fischer vor Maier und Stolp Bezug hat, so waren sie schuldig, ihre Revision auch gegen Fischer zu richten, und ehe er gehört war, konnte zu seinem Präjudiz ohne eine unheilbare Nichtigkeit zu begehen, nichts erkannt werden, und hier wäre der Fall einer von Amtswegen zu verfügenden Adcitation um den Legitimationspunkt zu berichtigen, eingetreten; denn Fischer war alsdann der angegriffene Theil, und niemals konnten Maier und Stolp ihm den Vorzug aus dem insoweit rechtskräftigen ersten Locationsurtheil streitig machen, ohne ihre Beschwerden gegen das Urtheil auch wider Fischer als revis-

schen Theil zu richten. Niemals war Fischern zuzumuthen, daß er ein Rechtsmittel ergreife, oder auch nur durch eine Intervention sein bisher unstreitiges Vorzugsrecht vor Maier und Stolp zweifelhaft mache.

Ich glaube daher, daß Recht und Billigkeit hier gar nicht kontrastiren [b]), und daß Fischern sehr leicht zu helfen war. Er hätte nur sagen dürfen, daß das erste Locationsurtheil über den Rang zwischen Fischer, Maier und Stolp in Rechtskraft übergegangen, und nur darüber in zweyter Instanz gestritten worden sey, ob Braun auf den 16. oder auf den 19. Platz Anspruch habe; eben diese Frage sey in der Revisionsinstanz der Streitpunkt gewesen, und selbst Maier und Stolp hätten sowenig einen Vorzug vor Fischern in Anspruch genommen, daß sie ihre Revision nur gegen Braun, keineswegs aber wider ihn, Fischer, gerichtet hätten; das Revisionsurtheil könne also keinen andern Sinn haben, als den, daß Braun nur der 19. Platz, also, wie es im ersten Locationsurtheil war, nach Maier und Stolp gebühre. Da

b) wie in der angeführten Schrift §. 97. gesagt wird.

man nun itzt dem Revisionserkenntnisse den verkehrten Sinn beylege, als hätte es Maier und Stolp vor Fischern den Vorzug einräumen wollen, so bitte er um Declaration des Urtheils dahin, daß es nur den Zustand des ersten Urtheils herstelle, und Braun in den letzten Platz zurückweise. Verbunden hätte hiemit die Klage wegen unheilbarer Nullität, und diese darauf begründet werden können, daß bey einer andern Auslegung des Urtheils eines Theils ein rechtskräftiges Urtheil aufgehoben, andern Theils gegen Fischern, ohne daß er vorgeladen oder vertheidigt war, ein nachtheiliges Erkenntniß gefällt worden sey.

XXX.

Beyträge zur Lehre vom ersten Verfahren im ordentlichen Prozesse.

I.

Der ordentliche Prozeß ist ganz auf den Grundsatz der wechselseitigen Rechtsvertheidigung auch in der Ordnung berechnet, wie die Handlungen vor Gericht auf einander folgen. Eigentlichen Stoff zu wichtigen neuen Forschungen giebt es hier nicht, obgleich manche einzelne Bemerkungen von Erheblichkeit dabey angebracht zu werden verdienen. Ich werde daher mehr in Aphorismen von den Verhandlungen im ersten Verfahren des ordentlichen Prozesses sprechen, und nur da, wo manche Gegenstände eine besondere Betrachtung zu fordern scheinen, weitläufiger seyn; weßhalb ich dieser Erörterung nur den Namen: Beyträge, gegeben habe.

II.

Jede Klage ist ein Vernunftschluß, die Geschichtserzählung ein Vordersatz, das Petitum der Schluß, und der Mittelsatz das Gesetz, unter welches ein Faktum subsumirt werden muß, um den Streit über die Rechtsverhältnisse unter den Parteien zu entscheiden. Diese drey Punkte machen mit größerer oder geringerer Ausdehnung die Bestandtheile eines Klaglibells aus.

I. Die Geschichtserzählung muß vollständig seyn, und sich über alles verbreiten, was zur Anerkennung des eingeklagten Rechts in Rücksicht sowohl des Hauptbegehrens als der Nebenpunkte gehört; berechnet muß die Geschichtserzählung auf den Zweck der Klage, folglich von Widersprüchen, Weitschweifigkeit, Wiederholungen und Anführung unerheblicher Umstände frey seyn. Den Einreden begegnen, wo man nur sein Recht verfolgt, ist allemal zweckwidrig. Die Replick darf also nicht in den Libell eingetragen werden, besonders da es keine eigentliche Einrede gibt, welche der Richter von Amtswegen zu ergänzen berechtigt wäre, wie ich insbesondere von der Einrede der Ver-

jährung gegen die gemeine Meinung oben a) bewiesen habe.

III.

II. Der Klagegrund (causa petendi) ist bisher noch nicht ganz aus dem wahren Gesichtspunkte betrachtet worden. Der Kläger will seinen Anspruch bey Gericht geltend machen; es wird also vorausgesetzt, daß er ein Recht habe, und dieses auf die von ihm gewählte Art verfolgen könne. — Recht und Rechtsverfolgung machen die in dem Klagegrund liegenden zwey Gegenstände aus.

A. Recht kann nur in der Uebereinstimmung mit dem Gesetze bestehen, und diese Uebereinstimmung ist ein aus drey Sätzen zusammengesetzter Satz. Sie fordert 1) Wahrheit des abstrakten Rechtssatzes (Thesis juris), unter welchen man ein Faktum subsumiren will; 2) Richtigkeit des Gesichtspunktes, aus welchem ein Faktum betrachtet wird (status controversiae); 3) Richtigkeit der Subsumtion (adplicatio juris ad factum). Auf diese drey Punkte muß

a) Abhandl. XXVII. §. 13.

die Ausführung des Rechts (Deductio) gerichtet seyn, und die bey jedem Punkte vorwaltenden Zweifel müssen den Maasstab angeben, welcher von diesen Punkten einer mehr oder weniger ausgedehnten Erörterung bedürfe. Man wird meistens auf Fälle stossen, wo alle diese Punkte gar keine Ausführung fordern, und wo alles auf anerkannten Rechtswahrheiten beruht; hier beruft man sich auf diese Wahrheiten im Allgemeinen, und geht ohne weitere Ausführung zum Petitum über. Aber man wird auch Fälle antreffen, wo bald der Rechtssatz einer Erörterung, bald der Gesichtspunkt, nach welchem eine Sache beurtheilt werden soll, z. B. ob sie Handlung unter Lebenden oder von Todeswegen sey, einer Ausführung — bald die Richtigkeit der Subsumtion einer Deduction bedarf. Hier fällt es in die Augen, daß eine nach dem Zwecke abgemessene Rechtsausführung mit dem Klaglibelle verbunden wird, welche auch die Reichsgesetze *a*) ausdrücklich, jedoch mit ernstlicher Anweisung auf zweckmäßige Kürze, erlauben.

a) J. R. A. §. 96.

B. Die Rechtsverfolgung begreift ebenfalls mehrere Theile in sich, sie bezieht sich auf das Gericht, bey welchem man sein Recht verfolgt, dessen Zuständigkeit auffer Zweifel seyn muß, und auf die Art der Rechtsverfolgung, oder die gewählte Prozeßart. Angeführt müssen die Umstände werden, aus welchen die Gerichtsbarkeit des Richters begründet werden sollen, auch ausgeführt die Gründe der Kompetenz des Gerichts, wenn seine unbezweifelte Zuständigkeit nicht jede Ausführung entbehrlich macht.

Eben so verhält es sich mit den Gründen in Rücksicht der gewählten Prozeßart, doch wird in den meisten Fällen, weil der Kläger im ordentlichen Prozesse bey der Regel bleibt, eine Ausführung nicht nothwendig seyn, um durch sie den von ihm gewählten Wege des ordentlichen Verfahrens zu rechtfertigen, obgleich Fälle denkbar sind, wo eine nähere Ausführung auch darüber nothwendig oder nützlich ist [b]).

b) Vergl. meine Erörterungen Seite 30.

IV.

Mit diesem rechtlichen Klagegrund haben bisher nicht ohne Nachtheil die Praktiker die sogenannte causam petendi verwechselt. Sie ist kein Rechtsgrund, sondern gehört noch zum Geschichtstheile einer Klagschrift. Sie besteht in der Anzeige der Art von Rechtstitel, aus welchem der Kläger etwas fordert, ob er aus einem dinglichen oder persönlichen Rechte, aus einem Kaufe oder einer Schenkung, als Eigenthümer, oder als Erbe, ob als Testaments, oder Intestaterbe u. s. w. klagt. Wer sieht nicht, daß die Anzeige dieser Causa petendi zum historischen Theile der Klage gehöre, und die Uebereinstimmung des Faktums mit dem Gesetze hier gar nicht in Betrachtung komme?

Noch ein Irrthum fiel mir bey dieser Causa petendi nach der gewöhnlichen Lehrart auf. Man theilt sie in die causam proximam und remotam, versteht unter der ersten die Anzeige der Species juris, zu welcher man das eingeklagte Recht zählt, ob auf Erbrechte, auf Eigenthum, Dienstbarkeit u. s. w. geklagt wird:

und unter der lezten die Anzeige des Rechtstitels, wodurch man das eingeklagte Recht erlangte; z. B. ob man Erbe aus einem Testamente, oder ab intestato, Eigenthümer aus einem Kaufe oder einer Schenkung sey. Daß bey persönlichen Klagen die causa petendi remota angeführt werden müsse, ist nicht zu bezweifeln; aber bey dinglichen Klagen halten die Praktiker es nur für nüzlich, auch die causam petendi remotam neben der proxima anzuzeigen, damit nicht die Unterlassung, wenn etwa der Beweis eines Rechtstitels nicht günstig ausfällt, den Kläger hindere, das dingliche Recht aus einem andern Rechtstitel noch in Anspruch zu nehmen.

Allein diese ganze Cautel halte ich für unnüz. Den Kunstnamen der Klage oder des Rechtstitels anzuführen, ist weder nothwendig, noch nüzlich, noch gewöhnlich; selbst wenn aus einem Faktum verschiedene Klagen zu verschiedenen Zwecken (wie der Fall bey Injurien ist) entspringen, wird die eigentlich angestellte Klage durch ein genau bestimmtes Petitum besser ausgezeichnet. Ueberhaupt verordnet das kanonische

Recht a) sehr weise, daß man mehr auf den Inhalt, die Geschichtserzählung und den ganzen Zusammenhang der Klage, als auf Formeln sehen soll, und eben damit ist die angeführte Cautel nicht vereinbar.

Die bey den Römern gültige Klagformel: ajo, me esse heredem, welche bey dinglichen Klagen, aus Erbschaft und Eigenthum nur die Art des verfolgten Rechts (species juris), nicht aber den Rechtsticel seiner Erwerbung (titulus juris) ausdrückte, ist in Deutschland weder üblich, noch erlaubt.

Die Klage muß eine Geschichtserzählung enthalten, und diese muß genau und in allen Umständen bestimmt seyn. Ein Klaglibell, worin der Kläger nur sagen wollte: „Titius starb und ich bin sein Erbe“ würde gewiß als ein zu allgemeiner unschicklicher Libell verworfen werden. Der Kläger muß auch bey dinglichen Klagen in der Geschichtserzählung anführen, welche Umstände sich ereigneten, um ihn zum Anspruch des Erbrechts oder des Eigenthums zu veranlassen; die Geschichtserzählung ist we-

a) cap. 6. X. de Iudiciis.

sentlicher Bestandtheil jeder auch dinglichen Klage, und sie macht es unmöglich, daß der Kläger nicht allemal auch darin die causam petendi remotam anführe. — Wie wollte denn sonst der Beklagte eine specielle Litiskontestation machen? — Ist nun aus der vorhergehenden Geschichtserzählung die causa proxima und remota zu entnehmen, so schadet eine nachherige allgemeine Anzeige des eingeklagten dinglichen Rechts nicht; denn diese muß als unbestimmt aus der Geschichtserzählung interpretirt und beurtheilt werden. Wenn der Kläger im Libelle sagt: „Titius ernannte mich in seinem Testa„mente zum Erben: da mir nun die Erbschaft „gebührt, und Cajus mir als Erben die Erb„schaft auszuhändigen sich weigert, so bitte ich, „mich als Erben zu erklären, und den Beklag„ten anzuhalten ꝛc.“ wer zweifelt, daß die Geschichtserzählung die causam petendi remotam enthalte, und daß der Anspruch des Klägers auf die Erbschaft nur von einem testamentarischen Erbrechte, keinesmegs aber von einem Erbrecht überhaupt zu verstehen sey?

V.

III. Das Petitum drückt die eigentliche Absicht aus, wegen welcher der Kläger den

Schutz des Richters aufruft; dasselbe hat also auch zwey Bestandtheile, ein Petitum wegen des in Anspruch genommenen Rechtes und eine Bitte wegen der Art, wie der Richter das Recht schützen solle (ratione processus). Das erste ist der Schluß aus den beyden ersten Bestandtheilen, in allen Fällen nothwendig, und muß, wenn es gut gefaßt seyn soll, die Formel des künftigen Urtheils enthalten, wenn das Recht des Klägers gegründet ist. Das letzte ist bey ausserordentlichen Prozeßarten nothwendig, weil es eigentlich die besondere Art der Rechtsverfolgung bezeichnet, aber eben deßhalb in der Regel bey einer im Wege des ordentlichen Verfahrens angebrachten Klage offenbar unnöthig a). Nur da, wo einer sonst Statt findenden besondern Prozeßart der Kläger aus freyer Wahl den ordentlichen Prozeß vorzieht, kann man eine auf den Prozeß gestellte Bitte für nützlich ansehen; nothwendig ist sie aber in soweit, als der Kläger mit der Klage im ordentlichen Verfahren eine specielle Bitte um eine provisorische Verfügung, Alimentation, Sequestration, Inhibition u. d. verbindet; wiewohl ich es für besser halte, solche Gesuche um ausser-

a) Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 165.

ordentliche Rechtshülfe in besondern Schriften vorzutragen.

VI.

Die Vertheidigung des Beklagten auf die ihm mitgetheilte Klage kann auf verschiedene Weise geführt, und wie das geschieht, auf verschiedene Weise erklärt werden. Bisher zerlegte man sie in drey Bestandtheile, nämlich in die verzögerlichen Schutzreden, in die Kriegsbefestigung und in die zerstöhrlichen Einreden [a]; nur stellte man noch eine besondere Art der proceßhindernden Schutzreden auf, welche aber, wie ich schon bewiesen habe [b], dem Gang des ordentlichen Verfahrens anpassend auf keine Weise dargestellt werden können. Grolman [c] geht einen andern Weg, und bringt den ganzen Exceptionssatz auf zwey Theile, nämlich die Antwort auf die Klage, und die Einreden; allein ist auch die erste Darstellungsart mangelhaft, so hat doch auch die andere große Unvoll-

a) So lehren Claproth, Danz, Martin und die Schriftsteller über den Prozeß fast ohne Ausnahme.

b) Mein Handbuch Bd. I. Seite 152.

c) a. a. O. §. 170.

kommenheiten, da sie weder der Natur der Sache, noch dem Prozeßgange gemäß ist.

Wenn sich der Beklagte gegen die Klage vertheidiget, so thut ers entweder gegen die Rechtsverfolgung oder gegen das in Anspruch genommene Recht selbst. Die erste Vertheidigung führt er, um das Entstehen eines Prozesses in der Art, wie er eingeleitet wurde, abgesehen vom Rechte des Klägers, zu hindern. Man nennt dieses Vorbringen sehr passend verzögerliche Schutzreden. — In der zweyten Rücksicht bestreitet er das angesprochene Recht selbst, und dies kann auf eine dreyfache Art geschehen; entweder läugnet der Beklagte die Umstände, von deren Wahrheit die Anerkennung des vom Kläger verfolgten Rechts abhängt — Kriegsbefestigung — oder er bestreitet das Klagerecht, abgesehen von der Wahrheit des Faktums, aus Rechtsgründen — Deduction wider die Klage — oder der Beklagte führt neue, vom Faktum der Klage *d)* verschiedene Umstände an, um sein

d) Nicht wie es im Libelle wirklich erzählt wurde, sondern wie es, um eine Klage daraus abzuleiten, hätte erzählt werden sollen. Meine Erört. Seite 46.

Recht, wenn auch die Klage an sich gegründet wäre, darzuthun, also hierdurch das Klagerecht zu zerstöhren — peremtorische oder zerstöhrliche Einreden. Jeder Bestandtheil soll näher betrachtet werden.

VII.

I. Die Erklärung des Beklagten über die vom Kläger angeführten Umstände wird erst alsdann ein zur Vertheidigung nothwendiges Mittel, wenn kein Zweifel obwaltet, daß die vom Kläger gewählte Art der Rechtsverfolgung ein gesetzmäßiges Mittel zu seinem Zwecke sey. Vor allem kommen demnach diejenigen Vertheidigungsgründe in Betrachtung, welche die Art betreffen, wie der Kläger sein Recht verfolgte. Diese betreffen 1) das Gericht, wo er Schutz seines Rechts begehrte; 2) die streitenden Theile, welche bey Gericht handeln sollen; 3) die Art der Rechtsverfolgung, die gewählte Prozeßart, die Klagschrift; 4) die erlassene richterliche Verfügung; 5) die Sache selbst, soferne aus ihr Gründe hervorgehen, daß in Rücksicht auf Zeit, Ort, Summe, Bedingniß der Anspruch des Klägers noch zur Zeit oder Theilweise unbefugt ist; 6) gewisse vom Kläger vor der

Einlassung zu erfüllende Verbindlichkeiten — Cautionsleistung, Erschöpfung des Possessoriums, Einrede des Spoliums.

Ehemals konnten alle diese verzögerliche Einreden besonders und ohne Verbindung mit der Einlassung auf die Klage vorgeschützt werden. Wer kennt aber nicht die höchstschädliche Verewigung der Prozesse, welche aus dieser verkehrten Maxime entstand? Mit Dank erkennt daher die Nachwelt, daß die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds als Regel aufstellten, daß alle verzögerliche Schutzreden auf einmal und verbunden mit einer wenigstens bedingten Litiscontestation vorgebracht werden müssen a). Nur foridеclinatorischen Einreden legte er den Vorzug bey, daß sie ausser Verbindung mit der übrigen Rechtsvertheidigung vorgeschützt werden können. Man würde aber den einsichtsvollen Reformatoren unsers deutschen Justizwesens sehr Unrecht thun, wenn man ihnen die Absicht aufbürdete, ohne Rücksicht auf den hohen Grundsatz der Zweckgemäßheit den Beklagten bey allen verzögerlichen Schutzreden zur eventuellen Litiscontestation zu

a) §. 37. und 40.

verbinden. Die Nothwendigkeit der anzuhängenden bedingten Kriegsbefestigung fällt also nach den, durch kein Gesetz abgeänderten, natürlichen Grundsätzen hinweg, wenn entweder die Einreden das Wesen des Prozesses, z. B. Legitimation zur Sache, Fähigkeit vor Gericht zu handeln, betreffen, oder wenn mit ihnen eine Einlassung im geraden Widerspruch stehen würde; z. B. die Einrede des zu engen Termins; eines unschicklichen Libells u. d. *b*).

Schon ihr Zweck, die Nothwendigkeit einer Vertheidigung gegen die Klage zu entfernen, beweiset, daß sie vor der Einlassung auf die Klage entgegengesetzt werden müssen, und daß eine Einlassung auf die Klage ohne Vorschützung solcher verzögerlichen Schutzreden einen Verzicht auf dieselben in sich schließe; er führt uns aber auch von selbst zu den Ausnahmen, wohin diejenigen Einreden zu rechnen sind, welche das Wesen des Prozesses betreffen, z. B. die Einrede des ganz unfähigen Richters, die Einrede der Legitimation zur Sache, denn sie liegen ausser den Gränzen des Verzichts; sodann die Einreden, welche erst durch nachfolgende Verände-

b) Grolman a. a. O. §. 171.

rung der Umstände begründet werden, denn auf sie hat man nicht verzichtet; vielmehr wirkt der Grundsatz: novum emergens novum requirit auxilium, zwar nicht soviel, daß man die Einlassung zurücknehmen könne, er begründet aber doch ein Recht, die Einrede noch vorzubringen, und die Leistung dessen zu fordern, was ihr angemessen ist.

VIII.

II. Hierauf folgt die Beantwortung des zur Klage gehörenden Faktums. Das erste Verfahren hat eigentlich dieses als vorzüglichen Zweck, daß durch Vernehmung beyder Theile, durch Zusammenstellung dessen, was sie beyderseits als wahr annehmen, der eigentliche Streitpunkt ausgemittelt werde. Nothwendig ist es also, daß der Beklagte sich über die zur Klage gehörenden Umstände bestimmt erkläre. Ich sage mit Vorbedacht zur Klage, um anzudeuten, daß nicht nur die vom Kläger angeführten Umstände, sondern alle Umstände, ohne welche das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann, einen Gegenstand der Litiscontestation ausmachen, sollte auch der Kläger einen zur Klage nothwendigen Umstand, z. B. die Erfüllung

des Vertrags von seiner Seite, die Purification einer Suspensivbedingung in dem Libelle nicht angeführt haben. Ohne diese Bestimmung können die verneinenden Einreden von einer negativen Litiscontestation nicht unterschieden, die Grundsätze vom qualificirten Geständnisse nicht durchschaut werden *a*).

Die gewöhnliche Eintheilung der Litiscontestation in die bejahende oder verneinende hat schon in den wahren Verstand des Satzes: qui excipit, non fatetur, schädliche Verwirrungen gebracht *b*), und sie ruht, wenn man der Sache genau nachdenkt, auf keinem logischen Grunde. Betrachtet man den ganzen Exceptionssatz nach dem Zwecke des Beklagten, als Mittel seiner Vertheidigung, so ist es sichtbar unmöglich, daß er sein Recht durch ein Geständniß des Faktums der Klage vertheidige; hier kann also nur eine, nämlich die verneinende Kriegsbefestigung als Mittel zum Zwecke gedacht werden. Zwar bekenne ich, daß die Antwort des Beklagten, als Mittel, die Streitpunkte unter den Parteien festzusetzen, mit logischer Richtigkeit in die

a) Meine Erörterungen Seite 46.

b) Mein Handbuch Bd. I. S. 436.

bejahende und verneinende eingetheilt werden könne. Aber es ist wohl einleuchtend, daß bey Handlungen zunächst auf den Zweck des handelnden Subjekts gesehen werden muß, und nach diesem Gesichtspunkte giebt es nur eine, nämlich die verneinende Litiscontestation. Auch kann man die bejahende sehr gut entbehren, und leicht erklären, warum diese Litiscontestation allgemein seyn darf, warum sie sogar ganz überflüssig ist; denn wenn der Beklagte die Umstände der Klage abläugnen, und hierdurch sein Recht vertheidigen will, so muß er dieses ausdrücklich und punktenweise thun; er hat also durch die That erklärt, daß er dieses Vertheidigungsmittel nicht brauchen wolle, sobald er einen Umstand der Klage nicht besonders in Abrede stellt.

Diese (verneinende) Antwort ist 1) bedingt durch ihren Zweck; sie erstreckt sich also nur auf Thatsachen, nur auf diejenigen, welche auf die Entscheidung des Streits einen Einfluß haben, keineswegs aber auf Rechtssätze, als insoweit diese bey Herkommen oder Gewohnheitsrecht auf Thatsachen beruhen. 2) Sie muß speciell seyn, das heißt, jeder Punkt, wel-

chen man in Abrede stellt, muß besonders angeführt, und abgeläugnet werden. 3) Kategorisch, bestimmt und deutlich, über eigene Handlungen nach der Ueberzeugung des Beklagten, über fremde Handlungen, ob er will, daß sie der Richter für wahr annehme oder nicht a). 4) Sie muß ohne Anhang (sine appendice) geschehen. Denn wenn der Anhang ein Geständniß ist, so gehört er nicht zu den abgeläugneten Punkten; ist er kein Geständniß, so begründet er eine Einrede, oder hat gar keinen Zweck; doch kann der Beklagte mit der besondern Litiscontestation eine eigene Geschichtserzählung verbinden, wenn der Kläger das Faktum ganz unrichtig oder unvollständig vorgetragen hat, und die Mängel der Geschichtserzählung erst durch eine verbesserte zusammenhängende Geschichtserzählung des Beklagten gründlich gehoben werden können, in welchem Falle sie als ein Mittel zur bessern Uebersicht sehr zweckmäßig gebraucht wird b).

a) Dieses verträgt keinen deductionsartigen, sondern nur einen bestimmenden Vortrag; das erste behauptet jedoch Grolman a. a. O. §. 173.

b) Danz ordentl. Prozeß §. 175.

IX.

III. So wie der Kläger durch eine Deduction sein aus der Geschichtserzählung abzuleitendes Recht näher in das Licht setzen kann (§. III. und IV.), eben so darf der Beklagte sich dawider durch eine Gegendeduction vertheidigen. Die Natur einer Widerlegung und die bereits bey näherer Betrachtung der Klage ausgezeichneten Punkte, worauf es ankommt, zeigen von selbst, auf welche Zwecke der Beklagte bey dieser Gegendeduction hinarbeiten muß, ohne daß eine besondere Anwendung dieser Punkte auf den Beklagten nothwendig wäre.

X.

IV. Nun kommt die Reihe an diejenigen Einreden, welche das Klagerecht selbst betreffen, und auf neuem Vorbringen besonderer, vom Faktum der Klage verschiedener, Umstände ruhen. Sie sind ein besonderer Angriff auf das Recht des Klägers, wenn man sich dasselbe aus der Klage an sich als bedingt gegründet denkt; sie werden demnach wie eine Klage vorgetragen, und haben kürzer oder weitläuftiger eine Geschichtserzählung, das Recht als Mittelsatz, und das Petitum zur Schlußfolge.

Sie setzen im Beklagten die Absicht voraus, gegen den Anspruch des Klägers, gegen das behauptete Recht selbst sich zu vertheidigen; sie können also nur unter der Voraussetzung gedacht werden, daß der Beklagte in der Art, wie der Kläger den Anspruch bey Gericht geltend macht, keinen Grund habe, die Vertheidigung gegen die Klage zu verweigern, d. h. daß er sich auf die Klage einlasse. Zerstöhrliche Einreden können deßhalb von der Verbindlichkeit, den Streit aufzunehmen, nicht befreyen.

Auch bey diesen Einreden verordnet der jüngste Reichsabschied a), daß sie sogleich mit der Kriegsbefestigung verbunden und alle auf einmal vorgebracht werden müssen, und er belegt eine Unterlassung mit der Strafe der Präclusion, ohne eine Gattung von Einreden hiebey auszunehmen. Wer demnach mit der Einlassung eine Einrede nicht verband, hat Verzicht auf eine durch sie zu führende Vertheidigung geleistet. Dieser allgemeine Grundsatz der Contumacia führt uns von selbst auf diejenigen Einreden, welche in diesem Verzichte nicht enthal-

a) §. 37.

halten seyn können: nämlich 1) Einreden, welche dem Kläger ein absolut gebietendes oder verbietendes Gesetz entgegensetzen; denn diese liegen ausser dem Gebiete eines gültigen Verzichts. 2) Einreden, welche wesentliche Bestandtheile des Prozesses betreffen; 3) welche erst nach der Einlassung entdeckt, oder 4) erst nach derselben begründet werden; wohin besonders die Duplikationen gehören, welche nur unter Voraussetzung einer entgegengesetzten Replikation als zweckmäßig gedacht werden können, und Einreden, welche die Execution betreffen, deren man sich offenbar nur bey der Execution zu bedienen vermag.

XI.

Auch ausser diesen Einreden nehmen die Praktiker *a*) noch eine besondere Gattung zerstöhrlicher Einreden an, von denen sie behaupten, daß sie durch ihren Nichtgebrauch bey der Einlassung nicht verlohren gehen; sie nennen sie deßhalb privilegirte Einreden, und bemühen sich, sie vollständig aufzuzählen. Man rechnet dahin: 1) die Einreden des Macedonianischen und Vellejanischen Rathsschlusses; 2) die

a) Danz ordentl. Proz. §. 186. mit einer Menge von ihm Note *e*. angeführten Schriftsteller.

Einreden, welche auf die bereits geschehene Erlöschung der Verbindlichkeit gehen, oder den Kläger doch sonst in einen Dolus versetzen; z. B. die Einrede der Zahlung, der Compensation, Renunciation, des Transakts, der Rechtskraft. Danz scheint einigermassen mit sich selbst im Widerspruch zu stehen, wenn er zu diesen privilegirten Einreden fordert, daß sie nicht versäumt seyen, denn versäumt werden sie durch Nichtgebrauch bey der Litiscontestation; soll nun dieses, daß sie nach derselben, selbst in der Execution, noch Statt finden, den Begriff der privilegirten Einreden bestimmen, wie will man zu ihnen fordern, daß sie nicht versäumt seyen? Man muß demnach den Ausdruck: versäumt, nur von denjenigen Einreden verstehen, deren Vorschützung die Gesetze auf eine bestimmte Zeit, abgesehen von der angestellten Klage oder der Kriegsbefestigung, eingeschränkt haben

Giebt es aber solche privilegirte Einreden? — Der jüngste Reichsabschied fordert vom Beklagten, daß er, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, bey Strafe der Präclusion vorbringe [b]). Mit größter Energie sagt er:

b) §. 37.

alles auf einmal; er privilegirt keine Einrede, und kein Gesetz kann man zur Begründung einer Ausnahme aufzeigen. Nur die Natur der Sache müßte also Gründe zu einer Ausnahme, denn das wären die privilegirten Einreden, an die Hand geben. Abgerechnet die im vorhergehenden Paragraph aufgezählten Einreden, kann ich aber für keine einen Rechtfertigungsgrund entdecken. Der Macedonianische und Vellejanische Rathsschluß, wenn sie nicht als absolut gebietende oder verbietende Gesetze anzusehen sind, können nicht als Ausnahme gelten, wie schon Schaumburg c) bemerkte; sie haben also wenigstens kein besonderes Privilegium für sich. Nun wären noch die Einreden übrig, welche den Kläger in Dolus versetzen; aber wie könnte mit dieser Ausnahme die wohlthätige Verordnung des jüngsten Reichsabschieds bestehen? Nicht zu gedenken, daß die hiebey als Beyspiele genannten Einreden ohnehin im gemeinen Leben die gewöhnlichsten sind, wem leuchtet wohl nicht ein, daß alle zerstöhrliche Einreden, wenn sie gegründet sind, zeigen: daß der Kläger sich etwas widerrechts

c) Princip. prax. jurid. jud. Lib. 1. Sect. 1. Membr. 2. cap. 4. §. 9. Note 2. Seite 144.

lich zueignen will, daß also alle zerstöhrliche Einreden ihn in einen Dolus juristisch versetzen würden? — Wahrlich, die Hypothese von privilegirten Einreden zerstöhrt das schöne Gebäude, wie es der jüngste Reichsabschied mühsam aufführte, gänzlich, und verdient aus dem Prozesse, worin dieselbe ohne allen Grund aufgenommen wurde, ausgemerzt zu werden. Auf neu entdeckte Einreden erstreckt sich die Präclusion nicht; und wer die zerstöhrlichen Einreden, welche er brauchen konnte, nicht vorschützt, hat darauf Verzicht geleistet. Es wäre also großes Unrecht, dem Kläger sein wohlerworbenes Recht aus diesem Verzichte zu entziehen, aus einer eingebildeten Billigkeit gegen den Rechtssatz, ad jura renunciata non datur regressus, gesetzlose Ausnahmen aufzustellen, und dadurch den ganzen Zweck unserer Gesetze über den Prozeß zu vereiteln.

XII.

Nur eine scheinbare Ausnahme könnte man bey denjenigen Einreden zu finden glauben, welche dahin abzielen, daß dem Kläger, nach dem von ihm selbst erzählten Faktum, keine Klage zustehe. Denn es ist sichtbar, daß diese Ein-

rede das Wesen des Prozesses betreffe; also unter der Präclusion schon aus allgemeinen Grundsätzen (§. X.) nicht stehe. Eine Klage, welche nach den eigenen Angaben des Klägers keinen rechtlichen Grund hat, existirt im Rechtssinne gar nicht; der Richter hätte sie gar nicht zum Gegenstand eines Streits sollen aufwachsen lassen; das ganze darauf folgende Verfahren — und mit ihm die Litiscontestation — ist null und nichtig. Diese Einreden sind also im Grunde keine zerstöhrliche, denn es existirt kein Klagerecht, dessen Zerstöhrung ihr Zweck wäre; diese können daher zur Rechtfertigung des Daseyns privilegirter Einreden nicht angeführt werden.

XIII.

Für das weitere Verfahren hat der jüngste Reichsabschied nur in allgemeinen Ausdrücken dem Kläger die Replik und dem Beklagten die Duplik auferlegt, ohne sich so bestimmt, wie es bey dem Exceptionssatze geschah, über die Bestandtheile des Replikſatzes zu verbreiten. Uns bleibt also nichts übrig, als aus demjenigen, was über Klage und Antwort in diesem Gesetze sehr detaillirt verordnet wurde, allgemeine Grundsätze für das weitere Verfah-

ren abzuziehen, und sie nach dem Verhältniß, in welchem beyde Theile im weitern Verfahren stehen, richtig abzuleiten. Hier hat schon Grolmann a) einen allgemeinen, eben so richtigen als fruchtbaren, Grundsatz aufgestellt, welcher eine nähere Erörterung verdient.

Man begreift unter dem Namen Replik und Duplik alles, was der Kläger oder Beklagte in den fernern Verhandlungen zur Vertheidigung seines Rechts vorbringt. Da aber hier bald die Klage wider die Einwürfe vertheidigt, bald das Vorbringen des Gegners beantwortet, bald zu seiner Entkräftung etwas neues angeführt wird, so können diese Theile der Vertheidigung nicht nach einerley Grundsätzen beurtheilt werden, sondern bey jedem dieser Punkte erscheinen die Parteien in einem andern Rechtsverhältniß. Der Kläger handelt in allem, was seine Klage an sich betrift, abgesehen vom neuen Vorbringen des Beklagten (Einreden), als angreifender Theil; er tritt also im ganzen Verfahren, soweit von der Klage an sich die Rede ist, aus dem Rechtsverhältniß des Klägers nicht heraus, sey es auch, daß er die Litiscontestation des Beklagten bekämpft, oder

a) Theorie des gerichtl. Verf. §. 179. Note a.

den Rechtsgrund seiner Klage an sich wider die Einwürfe des Beklagten vertheidige. Wo aber der Beklagte aus neuen Umständen das Klagerecht (nicht die Klage an sich) zerstöhren will, da macht er einen Angriff, da wird er behauptender Theil, da tritt er in das Rechtsverhältniß des Angreifers (Klägers) ein, und die Natur der Sache rechtfertigt den Grundsatz vollkommen, welchen der Römer mit der Formel aussagte: Reus excipiendo fit actor [b]).

Das Rechtsverhältniß des Klägers bey der Replik, und des Beklagten bey der Duplik ist so verschieden, als die Mittel, womit sie ihr Recht vertheidigen. Beyde sind da, wo sie nur, ihren Angriff an sich betrachtet — der Kläger seine Klage und der Beklagte seine Einrede — wider die aus neuem Vorbringen nicht abgeleiteten Einwürfe vertheidigen, so wie bey den Verhandlungen in der Klage und im Exceptionssatze, auch in dem weitern Verfahren als angreifender Theile (Kläger) zu betrachten. Handeln sie aber wider den Angriff ihres Gegners, so stehen sie im Rechtsverhältniß des Beklagten, nur in soweit kommen sie in die Lage des Klägers, als sie eine neue Behauptung entgegensetzen. Beyde sind folglich

b) Man vergl. meine Erört. Seite 55.

nach den verschiedenen Situationen bald als Kläger bald als Beklagte zu betrachten, und sobald die Gesetze die Rechte und Verbindlichkeiten des Klägers und Beklagten genau bestimmt haben, so sind dieses Normen, welche allgemein durch das ganze Verfahren für beyde streitende Theile gelten. Mit Recht sagt also Grolman am angeführten Orte, daß die Verordnungen, welche von den Einreden des Beklagten reden, allgemein auch auf die eigentlichen Replicationen Duplicationen ꝛc. bezogen werden müssen. Dieser allgemeine Grundsatz soll nunmehr auf die Replikhandlung des Klägers angewendet werden.

XIV.

Soweit als der Kläger in der Replik die Antwort auf die Klage prüft und tadelt, und den Grund seiner Klage wider die Einwürfe (nicht Einreden §. IX.) des Beklagten rechtfertiget, soweit ist er immer noch als Kläger zu betrachten. Da aber eigentliche Einreden den Beklagten in die Stelle des Klägers versetzen, so tritt in dieser Rücksicht der Kläger in das Rechtsverhältniß des Beklagten. Er muß also 1) auf diese Einreden litem contestiren; 2) diese Antwort muß wie die Litiscontestation des Beklagten

beschaffen seyn; 3) wenn er die Umstände der Einrede abläugnen will, so muß dieses durch eine specielle Antwort der abgeläugneten Umstände geschehen; 4) was er nicht abläugnet, wird für eingestanden angenommen [a]; 5) er muß auch mit dieser Einlassung auf die Einrede alles neue Vorbringen zur Entkräftung der Einrede (Replicationes im römischen Sinne) unter der Strafe der Präclusion verbinden; denn die Rechte der streitenden Theile sind gleich [b]. Der Kläger tritt hier in das Rechtsverhältniß des Beklagten, für ihn ist also auch in dieser Rücksicht Rechtsnorm, was der jüngste Reichsabschied vom Beklagten verordnet.

Die Anwendung auf die Duplikhandlung des Beklagten fließt aus dem Gesagten ohne weitere Ausführung von selbst.

XV.

Wir haben mit dem hier entwickelten Grundsatz auch noch für Auflösung der Frage: wann nach der Duplikhandlung noch fernere Verhandlungen zuläßig seyen, einen Gewinn gemacht. In der Regel soll nämlich mit der

a) Mein Handb. Bd. I. Seite 436.

b) Ebendas. Seite 310.

zweyten Schrift des Beklagten der Schriftwechsel unter den Parteien aufhören; denn wo der Beklagte verbunden war, bestimmt auf die Umstände der Klage zu antworten, und alle seine Einreden mit der Litiscontestation zu verbinden, konnten die Gesetze für richtig annehmen, daß in zwey Schriften von jeder Partei die Streitfrage hinreichend festgesetzt, und die Parteien genugsam vertheidigt seyen.

Allein selbst die Gesetze *a*) billigten manche Ausnahme von der Regel, und erlaubten aus rechtmäßigen Ursachen noch einen weitern Schriftwechsel. Ich will die vorzüglichsten Fälle anführen.

1) Wenn der Richter durch die bisherigen Verhandlungen aus Mangel hinreichender Festsetzung des Streitpunkts, oder weil die Parteien sich vom rechten Standpunkte entfernten, das Urtheil zu fällen auffer Stande ist, so hat er freylich von der ihm übertragenen Prozeßdirektion den nöthigen Gebrauch nicht gemacht. Allein was bleibt ihm übrig, als jetzt noch die Lücken auszufüllen, und vermittelst Aufhebung des Aktenschlusses von Amtswegen die Parteien in den rechten Weg zu führen, und weitere Ver-

a) J. R. A. §. 78 81.

handlungen zuzulassen? Hier bleibt die Sache im Gange der gewöhnlichen Verhandlungen, hier also muß dem Beklagten das letzte Wort gelassen werden.

2) Neu entdeckte Umstände würden den Kläger oder Beklagten, sogar nach dem Urtheil, zur weitern Vertheidigung aus diesen Novis berechtigen, wie vielmehr also muß er damit noch vor dem Urtheil gehört werden. Um aber den weitern Gang des Verfahrens zu bestimmen, ist es für sich einleuchtend, daß die Aufhebung des Aktenschlusses, als Wirkung, die Gränzen der Ursache nicht überschreiten darf, die weiteren Verhandlungen haben also nur das neue Vorbringen zum Zwecke. Strenge genommen sollten also über das neue Vorbringen noch so viele Verhandlungen erlaubt seyn, als erfolgt wären, wenn das neu entdeckte mit den übrigen Schriften schon verbunden gewesen wäre. Gehören also die Nova zur Klage, so wären noch so viele Schriften erlaubt, als nach der Klage Statt finden; machen sie eine Ergänzung der Einrede, so wäre noch Replik und Duplik zulässig u. s. w. Allein man ist, ob gleich meiner Ueberzeugung nach nicht consequent, dabey min-

der pünktlich, und erlaubt jedem Theile nur einen Schriftsatz.

3) Auch in der Duplik kann noch neues Vorbringen vorkommen. Besteht dies in noviter repertis, so tritt das eben Gesagte ein; besteht es aber in eigentlichen Duplikationen, in Einreden zur Entkräftung der Replikationen im römischen Sinne, so muß darüber noch einiges bemerkt werden. Gewöhnlich theilen die Richter eine solche Duplikhandlung zur Nachricht mit, und überlassen dem Kläger, pro venia triplicandi einzukommen, wenn er etwas entgegenzusetzen für nöthig halten sollte. Oder sie theilen die Duplikhandlung ohne alle Einschränkung zur Triplik mit, wo denn maschienenmäßig diese zur Quadruplik dem Beklagten zugestellt wird. Das erste ist fehlerhaft, denn wo bleibt die Antwort des Klägers auf die Umstände dieser neuen Einrede? will man sie für abgeläugnet oder für eingestanden annehmen? — Auch das letzte ist fehlerhaft, indem es nicht nur die Schriften ohne Noth vergrößert, sondern auch wider die Absicht unserer Gesetze öfters einen unnöthigen Aufenthalt verursacht. Nur die Duplikation macht weitere Verhandlungen

nothwendig, warum sollen die wohlthätigen Verordnungen über den Aktenschluß weiter, als der Zweck der Ausnahme fordert, ihre Wirksamkeit verlieren? wozu unnöthige Wiederhohlungen? — Und wenn nun der Kläger in der Triplik nur das Faktum der Duplikation abläugnet, ohne eine neue Einrede gegen die Triplikation beyzubringen, so hat doch die Quadruplik sichtbar keinen Zweck. Man sollte daher den Schlendrian aufgeben, und eine solche Duplik zur weitern Verhandlung, jedoch eingeschränkt auf die Duplikation mittheilen. Wird nun die Triplik nur eine litiscontestation auf diese Duplication enthalten, ohne daß eine neue Einrede zu ihrer Entkräftung vorgebracht war, so muß mit der Triplik das erste Verfahren geschlossen werden. Ist aber eine neue Einrede in der Triplik enthalten, so verfährt man nach eben diesen Grundsätzen, welche auch für die Nothwendigkeit und Zulässigkeit aller übrigen weitern Verhandlungen, Quintuplik, Sextuplik u. s. w. die Norm sind *a*).

a) Schon Grolman hat §. 184. Num. 3. diese Bemerkung gemacht.

XXXI.

Ob und in wie weit der Beklagte durch die Litiscontestation unredlicher Besitzer werde?

I.

Streitig ist die Frage: ob die Kriegsbefestigung den vorher redlichen Besitz des Beklagten in einen unredlichen verwandle? Mit Vernunftgründen könnte man eine bejahende Antwort heftig bestreiten; denn wie soll blos das Anstellen einer Klage und die Rechtsvertheidigung des Beklagten in diesem ein Bewustseyn hervorbringen, daß dem Kläger ein Recht zukomme? wie soll dieses aus einer Handlung des Beklagten entspringen, wodurch er sein Recht vertheidigt, wie aus der Antwort auf die Klage bey dem oft eintretenden Fall, daß erst durch das Beweisverfahren der Kläger sein Recht darzuthun vermag? Allein selbst nach Vernunft-

gründen hat der Gegenstand noch eine Seite, von welcher sich die bejahende Meinung sehr gut vertheidigen läßt. Die befragliche Wirkung der Antwort auf die Klage tritt nur da ein, wo der Beklagte im Rechtsstreit unterliegt, das Recht also auf der Seite des Beklagten nicht ist. Sobald nun Jemand über eine Sache in Anspruch genommen wird, so muß er sich den Fall als möglich denken, daß der Kläger ein Recht auf sie habe, er muß sie demnach als eine bedingt fremde Sache, sich als den Bewahrer einer bedingt fremden Sache betrachten, und auf sie einen höhern Grad von Fleis verwenden, als da, wo er über die Sache als sein unbeschränktes Eigenthum schalten konnte; mit bestem Grunde konnten ihn die Gesetze zu einem höhern Fleiße verbinden, weil das Gesetz nur dann angewendet wird, wenn die Bedingung eintritt, und der Beklagte unterliegt.

II.

Anrathungsgründe, dem Beklagten einen größern Fleis zur Verbindlichkeit zu machen, hatten die Gesetze, und es kommt nur darauf an, ob die Gesetze es verordnen, und welche

Folgen sie der Einlassung auf die Klage wider den Beklagten beylegen?

Daß die Gesetze die Wendung brauchten, den Beklagten als unredlichen Besitzer zu betrachten, darf uns nicht irre machen; wir müssen die Sache selbst nehmen, unbekümmert um den Kunstnamen, mit welchem die Gesetze ihre Verordnung bezeichneten, um etwa mit wenigen Worten alles das auszudrücken, was in der Absicht ihrer Verordnungen lag. Ich brauche daher mich nicht in den Streit einzulassen, ob aus der Einlassung auf die Klage das Bewustseyn seines Unrechts (mala fides) in dem Beklagten wirklich entstehe, denn die Gesetze verbinden den Beklagten nur zu demjenigen, was der unredliche Besitzer leisten muß, und wer den Einwurf nach Schulformen auflösen will, der mag zu dem Unterschiede zwischen wirklichem und gesezlich bösem Glauben (mala fides naturaliter vel civiliter talis) seine Zuflucht nehmen. Es kommt nur auf das Daseyn eines Gesetzes an, welches dem Beklagten diese Verbindlichkeit auflegt, und auf die Ausdehnung dieser Verbindlichkeiten,

oder,

oder, wie Hasse *a*) die Streitfrage sehr gut bestimmte: auf das an und quatenus.

III.

Bald ist der erste Punkt, das Daseyn einer solchen Verordnung, bewiesen. Ganz abgesehen von dem Bewustseyn des Unrechts im Beklagten sagt das römische Recht *a*) sehr energisch: „post litem contestatam omnes inci„piunt malae fidei possessores esse.“ — Allgemein ist diese Verordnung; ihr Grund ruht nicht in einer besondern Art der angestellten Klage, sondern im Rechtsverhältniß, in welches der Beklagte durch die Antwort auf die Klage tritt. Mit Recht hat daher schon Faber *b*)

a) Hasse Diss. an et quatenus Litiscontestatio possessorem bonae fidei in mala fide constituat. Götting. 1780. Man sehe noch Besecke pr. num litiscontestatio semper malam fidem indueat? Halle 1772. Glück Erläuterung der Pandekten Th VI. Seite 200. Gegentheiliger Meinung ist Claproth ord. Prozeß. §. 143.

a) L. 25. §. 7. D. de hered. petit.

b) Rational. ad L. 25. §. 7. de hered. petit. Glück am ang. Orte Note 6.

behauptet: daß diese Wirkung von einem Unterschied der angestellten Klage unabhängig sey, welches dadurch bestärkt wird, daß andere Gesetze, welche von dinglichen Klagen nicht ausschließend sprechen, der Litiscontestation eben diese Wirkungen beylegen c).

IV.

Zwar glauben einige, daß ein anderes Gesetz im römischen Rechte hiemit in Widerspruch stehe. Die Stelle ist sehr wichtig, sie muß bey der Entscheidung des zweyten Punkts uns immer vor Augen seyn; ich will sie also hier wörtlich vorlegen: „Illud quoque, quod in „Oratione Divi Hadriani est: ut post accep„tum judicium id actori praestetur, si eo „tempore, quo petit restituta esset hereditas, „interdum durum est: quid enim si post li„tem contestatam mancipia, aut jumenta, „aut pecora deperierint? damnari debebit „secundum verba orationis, quia potuit pe„titor, restituta hereditate, distraxisse ea. „Et hoc justum esse in specialibus petitionibus „Proculo placet: Cassius contra sensit: in „praedonis persona Proculus recte existimat:

c) L. 2. C. de fruct. et lit expens.

„in bonae fidei poſſeſſoribus Caſſius. Nec „enim debet poſſeſſor aut mortalitatem prae„ſtare, aut propter metum huius periculi „temere indefenſum jus ſuum relinquere *a*).“

Der Anblick dieſes Geſetzes beweißt ſchon, daß der Rechtsgelehrte Paulus die Folgen des üblen Glaubens, welcher im Beklagten durch die Einlaſſung auf die Klage entſteht, einſchränkt; aber wer kann behaupten, daß er ſie ganz aufhebe? — Interdum durum eſt, ſagt Paulus mit der ihm eigenen Energie, er ſchränkt die Folgen ein, ſoweit ſie in Unbilligkeit übergehen; aber da er ſelbſt nur zuweilen in dem Satz eine Härte findet, ſo beſtärkt er vielmehr in Fällen, wo keine Unbilligkeit in ihm liegt, die Rechtmäßigkeit dieſer Folgen.

V.

Genauer muß nunmehr der zweyte Punkt unterſucht werden, wie weit ſich nämlich die Folgen dieſes üblen Glaubens erſtrecken?

1) Wann fangen dieſe Wirkungen an? — Anfangs traten ſie, wie der angeführte Herr

a) L. 40. pr. D. de Hered. petit.

Hofrath Glück sehr richtig bemerkt, nur vom Momente der wirklichen Kriegsbefestigung ein. Nachher wurde diese Regel durch Erklärungen der römischen Rechtsgelehrten dahin erweitert, daß man den Anfang der mala fides sogar auf die Zeit zurückrechnete, da der Beklagte von der wider ihn erhobenen Klage die erste Wissenschaft erhielt *a*). Da aber nur eine legale Wissenschaft eine so wichtige Rechtsfolge erzeugen kann, und manche Einreden den Beklagten von der Einlassung befreyen, so wird der Zeitpunkt, von welchem an die Folgen eintreten, am richtigsten dahin zu bestimmen seyn, wo der Beklagte sich einzulassen verbunden war. Hierdurch wird der Anfang dieser Folgen von der Willkühr des Beklagten nicht abhängig gemacht, welchen Fehler man immer begeht, wenn man den Anfang nur nach der wirklich geschehenen Einlassung, sollte sie auch der Beklagte noch solange verzögert haben, berechnet, und dennoch verfällt man nicht in den entgegengesetzten Irrthum, daß einer jeden, auch unzulässigen Ladung eines z. B. incompetenten Rich-

a) L. 20. §. 11. D. de hered. petit. sagt **Ulpian**:
„Ex quo quis scit a se peti, incipit esse ma-
„lae fidei possessor. **Glück** a. a. O. S. 200.

ters so wichtige Folgen beygelegt werden. Folglich kommt alles nur darauf an, ob der Beklagte gar nicht verbunden war, auf die Klage zu antworten. Hier kann ich im Rechtssinne die Klage als vorhanden nicht denken, also auch auf den Beklagten erhebliche nachtheilige Folgen nicht übertragen. — Oder ob der Beklagte wenigstens zur bedingten Kriegsbefestigung verbunden war: hier hat die Einlassung eine zurückwirkende Kraft, und die Folgen treten schon von dem Zeitpunkt ein, wo er legale Wissenschaft von der Klage erhielt, das heißt, wo ihm die Klage ad excipiendum mitgetheilt wurde.

VI.

2) Die Kriegsbefestigung an sich allein betrachtet, schafft den Beklagten in einen unredlichen Besitzer nicht um. Selbst im römischen Rechte wird zwischen ihm und einem Praedo ein Unterschied gemacht, derselbe sogar in manchen Punkten einem redlichen Besitzer gleich gestellt (§. IV.). Nur einige, aber nicht alle Folgen des unredlichen Besitzes haben die Gesetze auf den Beklagten übertragen, ohne die rechtliche Eigenschaft seines Besitzes überhaupt dadurch zu verändern.

VII.

3) Dringt man in den Geist derjenigen Verordnungen, wodurch die Regel von den Folgen der Kriegsbefestigung näher in ihren Theilen durch das römische Recht (§. IV.) bestimmt wurde, so kann man leicht die Einschränkungen der aus dem unredlichen Besitze fließenden Wirkungen auf einen allgemeinen Grundsatz zurückführen.

Einige römische Rechtsgelehrte wollten den Satz, daß die Kriegsbefestigung malam fidem hervorbringe, buchstäblich aufstellen, und den Beklagten zur Leistung alles dessen verbinden, was der Kläger gehabt hätte, wenn ihm das Eingeklagte zur Zeit der Litiscontestation wäre geleistet worden. Paulus fand dies zuweilen hart, der Beklagte sollte nach seiner Aeusserung weder für die Sterblichkeit (Zufall) haften, noch durch eine übermäßige Strenge in Grundsätzen von der Vertheidigung seines Rechts abgeschreckt werden. Hatten es doch die Römer unter die Vortheile des Besitzes mit Grund gerechnet, daß der Besitzer während des Streits im Besitze, und auch da noch ein redlicher Besitzer bleibt. — Wie sehr artete dieser

Vortheil des Besitzes wider den Geist unserer Gesetze in einen enormen Nachtheil aus, wenn der Beklagte alles leisten müßte, wozu der unredliche Besitzer verbunden ist?

Sehr consequent war es also, daß Paulus, dessen tiefen Blick ächte Kenner des römischen Rechts längst verehrt haben, unter der sanften Wendung einer Unbilligkeit, den Gegenstand nicht nur auf billige, sondern auch auf richtige, dem ganzen Systeme anpassende, Grundsätze zurückführte.

VIII.

Er that es, indem er den Beklagten von der Verbindlichkeit lossprach, für den Zufall zu haften. Aber wir würden sehr irren, wenn wir glaubten, daß er hiebey stehen geblieben sey. Durch übermäßig harte Folgen sollte Niemand von der Rechtsvertheidigung abgeschrekt werden; dies war sein Grund: sollte er uns nicht weiter führen?

Redlicher Besitzer bleibt der Beklagte auch nach beantworteter Klage. Kein Gesetz ist denkbar, welches auf einer Seite den redlichen Be-

sitz begünstigt, und auf der andern Seite durch übertriebene Verbindlichkeiten, womit es den sich vertheidigenden Besitzer belegt, mit sich selbst in Widerspruch verfällt; und wer kann eine größere Verfolgung des redlichen Besitzers sich denken, als wenn er zur Leistung desjenigen verbunden werden soll, was er auch mit Anwendung des größten Fleißes nicht erhalten kann? Wer wird nicht hier mit Paulus den Ausspruch: durum est, fällen? In Wahrheit, mit solchen Verbindlichkeiten beladen, könnte der redliche Besitzer nach erhobener Klage nichts thun, als seinen Besitz aufgeben, und sein Recht unvertheidigt lassen; und doch sollte ihm nach dem Ausspruch des Gesetzes keine Last aufgebürdet werden, welche ihn von der Rechtsvertheidigung abschreckte.

Als noch fortdauernd redlicher Besitzer bleibt der Beklagte im Besitz, und eben als redlicher Mann handelt er am Streitgegenstand so, daß er ihn wie eine bedingt freinde Sache verwaltet, um bey dem künftigen möglichen Verdammungsurtheil nach seinen Kräften alles dem Kläger zu übergeben. Er muß daher an dem Streitgegenstand, den Früchten u. s. w. den

höchsten Fleis anwenden, und nicht nur allen positiven Schaden, wenn er durch diesen Grad des Fleißes abzuwenden war, sondern auch allen entgangenen Gewinn, wenn ihn der Beklagte mit Anwendung des höchsten Fleißes hätte ziehen können, ersetzen. Alles übrige ist Zufall, für welchen der Beklagte, als solcher, soferne nämlich die Eigenschaft seines Besitzes an sich ihm keine andere Verbindlichkeiten auflegt, keinesweges haften muß.

IX.

Von einem wirklich (naturaliter) unredlichen Besitzer ist der Beklagte in Hinsicht der Wirkungen, welche aus der Litiscontestation (§. V.) entspringen, in dem Grundsatz unterschieden, daß er nur für den höchsten Grad des Fleißes haften muß, und seine Verbindlichkeiten nicht nach demjenigen, was der Kläger durch Leistung des Klagobjekts zur Zeit der Kriegsbefestigung erhalten hätte, nicht berechnet werden dürfen (§. IV. u. VII.). Deutlich drücken unsere Gesetze die Folgen in Rücksicht des Zufalls aus, wenn die Sache im Besitze des Beklagten zu Grunde gieng, welche etwa dasselbe Schicksal nicht gehabt haben würde,

wenn sie dem Kläger zur Zeit der Litiscontesta-tion übergeben worden wäre; der Beklagte ist hier vom Ersatze frei gesprochen, wenn die Sache bey ihm durch Zufall, ohne sein Verschulden zu Grunde gieng. Eben dieser Grundsatz muß auch bey entgangenen Vortheilen als entscheidend angenommen, und der Gewinn nicht, wie bey dem unredlichen Besitzer, nach demjenigen berechnet werden, was der Kläger hätte ziehen können, sondern nur nach dem, was der Beklagte mit Anwendung des höchsten Fleißes gewinnen konnte, da alles, was nach diesem angewandten Fleis entgieng, hier als Zufall betrachtet werden muß, und das Gesetz die Rücksicht auf dasjenige, was der Kläger hätte ziehen können, als Maasstab für die Verbindlichkeiten des im redlichen Besitze befindlichen Beklagten verworfen hat *a*).

a) Höpfner Comment. über die Institut. §. 987. Note 2.

XXXII.

Revision des Begriffs vom Beweise, mit den daraus abzuleitenden allgemeinen Grundsätzen.

I.

Der Ausdruck Beweis *a*) im Civilprozesse darf mit einer Rechtsausführung, Deduction nicht verwechselt werden. Nur die Wahrheit der in einem Rechtsstreit angeführten Merkmale kann ein Gegenstand des Beweises seyn; die Bestimmung, was bey diesen Merkmalen unter den streitenden Theilen Rechtens ist, gehört zur Sphäre der richterlichen Reflexion, und ist von den Verhandlungen der Parteien in einem so hohen Grade unabhängig, daß der Richter auch da, wo die Parteien keine Rechtsausführung vorbrachten, dennoch das,

a) Vom Gegenbeweise werde ich in einer besondern Abhandlung sprechen.

jenige aussprechen muß, was mit den Gesetzen übereinstimmt. Zwar erlauben unsere Gesetze *b*) den Parteien, mit den Verhandlungen auch Rechtsausführungen zu verbinden, aber sie sind selbst nach dem Geiste unserer Gesetze nur ein zufälliger Theil im gerichtlichen Verfahren, und dürfen mit dem Beweise als einem wesentlichen Stücke nicht für identisch gehalten werden. Bey Rechtsausführungen arbeiten die Parteien nur dem Richter in demjenigen Punkte vor, welcher an sich zu den Pflichten des Richters gehört.

II.

In verschiedener Bedeutung wird der Ausdruck Beweis genommen, und Rettelbladt *a*) giebt hievon drey an: 1) als Ueberzeugung des Richters von der juristischen Wahrheit eines Thatumstandes; in welcher Rücksicht der Beweis in den vollständigen und unvollständigen eingetheilt wird. — 2) Als eine Handlung, welche dahin abzielt, dem Richter diese Ueberzeugung zu verschaffen. In diesem Sinne ist der Beweis ein künstlicher oder natürlicher, ein wah-

b) J. R. A. §. 96.

a) Iurispr. posit. Germ. comm. §. 97 — 100.

rer Beweis oder eine Bescheinigung. 3) Die Mittel, wodurch der Beweisführer den Richter zu überzeugen sucht. In dieser Bedeutung nimmt er so viele Arten des Beweises an, als wahre Beweismittel von den Gesetzen anerkannt sind. Doch bemerkt er, daß nicht alles in die Kategorie des Beweises gebracht werden dürfe, was den Richter überzeugt, sondern daß wahre Beweismittel von denjenigen Gründen getrennt werden müssen, welche den Richter, auch ohne Beweismittel zu gebrauchen, überzeugen, welche also nicht sowohl Beweismittel sind, sondern vielmehr von der Last des Beweises befreyen.

III.

Diese letzte Bemerkung zeigt schon, daß Rettelbladt die Blösen der gewöhnlichen Lehrart fühlte. Denn wenn die Ueberzeugung des Richters ein wesentlicher Bestandtheil im Begriffe des Beweises ist, so muß alles in den Kreis des Beweises gezogen werden, woraus auf immer eine Art der Ueberzeugung des Richters hervorgeht, so ist das Bekenntniß im ersten Verfahren, wodurch beyde Theile einen Thatumstand als unstreitig annehmen, so ist Gerichts-

kündigkeit auch ein Beweis; wer wird aber etwas, was allen Beweis überflüssig macht, zum Beweise zählen? Ueberzeugung des Richters ist wohl eine Wirkung des Beweises, aber nie der Beweis selbst, denn die Wirkungen sind doch wohl kein Bestandtheil des Begriffs der Ursache. — Auch die Beweismittel können mit dem Beweise selbst nicht als gleichbedeutend angesehen werden; man führt wohl durch Zeugen, durch Eidesdelation einen Beweis, aber das Mittel, wodurch eine Handlung vollbracht wird, kann den Begriff der Handlung selbst nicht bestimmen. — Schon darum bliebe für den Begriff des Beweises im gerichtlichen Verfahren nichts übrig, als darunter eine Handlung zu verstehen, welche dahin abzweckt, dem Richter die Ueberzeugung von der juristischen Wahrheit eines Thatumstandes zu verschaffen. Es liegen aber in den Maximen, auf welche der deutsche gemeine Prozeß berechnet ist, noch specielle Gründe, welche eine nähere Begränzung des Begriffs vom Beweise in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nothwendig machen.

IV.

Alle Rechtslehrer nehmen an, daß dasjenige kein Gegenstand des Beweises sey, was die Parteien im Laufe der Verhandlungen sich wechselsweise zugestehen; und doch geht auch daraus eine Ueberzeugung des Richters hervor! Warum soll der Beweis durch Augenschein noch in der Execution Statt finden, warum von der präclusiven Kraft des Beweistermins ausgenommen seyn? Wie sollen Vermuthungen, welche von der Beweislast befreyen, warum Schlüsse, welche oft allen Beweis überflüssig machen, Beweismittel seyn? Warum soll der Richter von Amtswegen einen Augenschein verfügen, oder Kunstverständige beyziehen können, dem die Macht entzogen ist, auch nur einen Zeugen von Amtswegen abzuhören? — Wer immer der Sache schärfer nachdenkt, wird bald mit mir die Ueberzeugung theilen, daß es der wichtigen Lehre vom Beweise an Consequenz mangle, daß sie noch auf einem sehr unsichern Grund gebaut sey, und daß man auf dem bisher betretenen Wege kaum das Ziel erreichen könne. Widerspruch fördert immer die Wahrheit heutzutage, und ich werde wenigstens andere denkende Männer auf das Interesse dieses

Gegenstands aufmerksam gemacht haben, wenn ich auch den wahren Weg nicht gefunden haben sollte.

V.

Wo der Prozeß, wie der preussische, auf die Untersuchungsmaxime berechnet ist a), da mag man darunter alle Gründe verstehen, aus welchen die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit eines Thatumstandes hervorgeht, und da mag man unter Beweis, Notorietät, Augenschein, Schlüsse, Vermuthungen u. s. w. begreifen. Aber bey einem, auf die Verhandlungsmaxime gebauten Prozesse, und dies ist der gemeine deutsche Prozeß, muß dieser Begriff auf schädliche Abwege führen.

Bey einem nach dieser Maxime berechneten Prozesse ist die grosse Scheidewand zwischen der Gewalt des Richters und den Verhandlungen der Parteien aufgerichtet, daß zwar dasjenige, was Gegenstand der Reflexion ist, zur Sphäre des Richteramts gehört, und vom Vorbringen der Parteien über die Reflexion ganz unabhängig

a) Mein Handbuch Bd. I. Abhandl. XI.

gig ist, daß aber in den Merkmalen, welche der Richter als Merkmale des streitigen Falls unter das Gesetz subsumiren will, derselbe ganz vom Vorbringen der Parteien insoweit abhängt, daß er keinen Umstand, welchen die Parteien nicht anführten, von Amtswegen ergänzen, keinen faktischen Grund für die Wahrheit eines Umstandes, ohne daß ihn die Parteien vorbrachten, aufstellen darf *b*). Nach dieser Scheidewand ist es offenbar, daß die Wahrheit aller Merkmale, soweit die Gründe der Ueberzeugung, ohne eine neue Handlung eines streitenden Theils als Bedingung vorauszusetzen, schon in den bisherigen Verhandlungen liegen, nur ein Gegenstand der richterlichen Reflexion seyn könne, von weiteren Verhandlungen unabhängig, und gar kein Gegenstand eines weitern Verfahrens (Beweisverfahren) sey, da der Zweck desselben, Ueberzeugung von der Wahrheit, schon erreicht ist, folglich ein Beweis zwecklos seyn würde. Es kann demnach nur da von einem Beweise die Rede seyn, wo der Richter einen Thatumstand, von welchem die Anerkennung des streitigen Rechts abhängt, nicht

b) Siehe oben Abhandl. XXVII. §. 5.

anders für wahr annehmen kann, als wenn ihm neue Gründe für die Wahrheit desselben vorgelegt werden.

VI.

Dieses Vorlegen neuer Gründe für die Wahrheit eines Thatumstandes kann in einem auf die Verhandlungsmaxime gebauten Prozesse, nur in einer Handlung eines streitenden Theils bestehen; das Genus im Begriffe des Beweises kann also nur Handlung einer Partei seyn, und der nächste Zweck dieser Handlung, den Richter von der Wahrheit seines faktischen Vorbringens zu überzeugen, bestimmt den Unterschied zwischen Beweis und andern gerichtlichen Handlungen der Parteien.

Nebst der im vorigen Paragraph gelieferten Darstellung über das Verhältniß des Richters und der Parteien bey einem Rechtsstreite, rechtfertigt auch der Sprachgebrauch diesen Begriff. Man spricht von Beweisantretung, vom Beweistermine, von seiner präclusiven Kraft, wie soll dieses auf Ueberzeugung des Richters passen, da Termine und Präclusionen nur bey Handlungen der Parteien vorkommen können. —

Man sagt, daß etwas eines Beweises nicht bedürfe, weil es von beyden Theilen zugestanden oder gerichtskündig ist, obgleich niemand läugnen wird, daß es einer Ueberzeugung des Richters bedarf, und daß der Ausdruck nur soviel sagt, daß es keiner besondern Handlung einer Partei bedürfe, um den Richter von der Wahrheit eines Umstandes zu überzeugen, von welchem er schon überzeugt seyn muß. —

Gleichgültig ist diese Bestimmung eines richtigen Begriffs vom Beweise nicht; denn man kann, ohne sie die Folgen des Beweistermins, die Macht und Verbindlichkeiten des Richters, von Amtswegen für seine Ueberzeugung thätig zu seyn, nicht richtig beurtheilen, die ganze Lehre vom Beweise, ohne einen richtigen Begriff vorauszusetzen, nicht durchschauen.

VII.

Beweis nenne ich daher, nach dem Geiste unsers gemeinen Prozesses, die Handlung einer Partei, worin sie über die streitigen Merkmale eines Faktums, von deren juristischen Wahrheit die Anerkennung ihres Rechts abhängt,

durch neues faktisches Vorbringen den Richter zu überzeugen sucht. — Ich will die Bestandtheile dieses Begriffes zerlegen, und einzeln näher betrachten.

1) Handlung einer Partei. — Was nicht als Resultat der Reflexion zu betrachten ist, gehört zur Sphäre des Vorbringens der Parteien; und das ganze Verfahren ist darin bedingt durch das Vorbringen der Parteien. Diesen legt der gemeine Prozeß die Beweislast auf, diese treten den Beweis an, diese sind an einen Beweistermin gebunden; es liegt also im Geiste des gemeinen Prozesses, daß der Beweis nur als Handlung einer Partei betrachtet werde. — Bedingt ist das Verfahren durch Vorbringen der Parteien im wirklichen Gebrauche eines Mittels, weshalb die Verabsäumung des als peremtorisch angesetzten Beweistermins für eine Erklärung gilt, daß man nicht beweisen wolle, und dem Richter in Aufsuchung der Gründe seiner Ueberzeugung die Hände bindet; — bedingt durch diejenigen Mittel, wodurch ein streitender Theil in einem concreten Fall den Beweis liefern wollte, weshalb der Richter keine Urkunde, keinen Zeugen von Amtswegen als

Beweismittel beyziehen darf. Wenn demnach nur dasjenige als Beweismittel anzusehen ist, worauf sich ein streitender Theil zum Beweise berufen hat, so kann ein Beweis nur da gedacht werden, wo die Handlung eines Theils Bedingung ist, ohne welche der Richter einen Grund, um für sich Ueberzeugung daraus zu schöpfen, nicht brauchen darf, so ist Beweis nur eine Handlung der Partei, und alles, was den Richter auch ohne Voraussetzung eines besondern Vorbringens, einer eigenen zu diesem Zwecke unternommenen Handlung der Partei, von der Wahrheit überzeugt, kann zum Beweise nicht gezählt werden.

2) Worin sie den Richter zu überzeugen sucht. — Dies ist ihr Zweck, welcher diese Handlung von andern gerichtlichen Handlungen unterscheidet. Der Zweck des ersten Verfahrens ist genaue Festsetzung des Streitpunkts, der Zweck des Beweisverfahrens, Ueberzeugung von der juristischen Wahrheit der bestrittenen Thatsachen. Wenn aber das ganze Verfahren nach dem Grundsatz der Zweckgemäßheit eingerichtet seyn muß, so ist es offenbar, daß diejenigen Dinge, wovon der Richter

ohne eine besondere neue Handlung der Partei überzeugt seyn muß, keinen Beweis zulassen, denn der Zweck des Beweises ist schon erfüllt. Darum liegt alles, was Sache der Reflexion ist, was ohnehin aus den bisherigen Verhandlungen sich als gewiß darstellt, ausser dem Gebiete eines Beweises. Der Richter soll erst durch die Handlung überzeugt werden, so, daß er ohne sie nicht überzeugt seyn kann.

3) Ueber die streitigen Merkmale eines Faktums. — Der Beweis als Mittel ist bedingt durch seinen Zweck. Darum können nur Thatsachen, nicht allgemeine Normen (iura), den Gegenstand eines Beweises ausmachen, und nur Gewohnheitsrechte, soweit sie auf Thatsachen ruhen, können eine Ausnahme begründen; — nur streitige Thatsachen, weder das, was sich die Parteien zugestanden haben, noch dasjenige, was von ihrer Abläugnung nicht abhängt, wohin besonders Merkmale, welche aus der Sache selbst hervorgehen, Schlüsse und Reflexionen zu rechnen sind.

4) Von der juristischen Wahrheit. — Mit der ihm eigenen Laune hat schon Mo-

fer a) gezeigt, daß im Staate die Gesetze diejenigen Eigenschaften angeben mußten, deren Daseyn die förmliche Wahrheit (certitudo juridica) ausmachen soll, welche im Staate so viel als die wirkliche Wahrheit gilt. Was zwey Zeugen aussagen, was jemand zu seinem eignen Nachtheil eingesteht, oder zu seinem Vortheil beschwört, davon ist das Gegentheil noch immer möglich, wenn auch nicht wahrscheinlich; aber die Gesetze mußten durch eine Verordnung ins Mittel treten, daß es in Bestimmung der Rechte für wahr angenommen werde. Es ist hier, sagt Möser eine Art von Nothrecht für die menschliche Ruhe vorhanden, des Zankens und Streitens würde kein Ende seyn, wenn man sich nicht darüber vereiniget hätte, daß förmliches Recht für wirkliches gelten sollte, und wir Menschen im Staate könnten eher das wirkliche Recht, als das förmliche entbehren. Die Beweismittel ruhen auf der Maxime des förmlichen Rechts, und müssen aus diesem Gesichtspunkt betrachtet werden.

5) Durch neues faktisches Vorbringen. — Neues Vorbringen, zwar nicht

a) Patriot. Phantas. Th. IV. Seite 113.

neue Thatsachen, als Mittel, das streitige Recht zu vertheidigen, denn eine neue Klage oder Einrede kann der Beweis nicht seyn, sondern die Wahrheit dessen, was ein Theil bisher behauptete, darzustellen, ist der Zweck des Beweisführers. Aber da ein Zweck von seinen Mitteln verschieden ist, da man einen äussern, vom vorigen verschiedenen Grund braucht, um sich von der Wahrheit einer Behauptung zu überzeugen, so fällt es in die Begriffe, daß ein Beweis nur durch ein ausser den bisherigen Verhandlungen liegendes Vorbringen hergestellt werden kann. Der letzte Zweck alles Vorbringens der Parteien ist, die Anerkennung des bestrittenen Rechts durch den Ausspruch des Richters und seine Realisirung. Als Mittel zur Anerkennung des Rechts muß das Vorbringen der Merkmale eines Falls betrachtet werden. Wird die Wahrheit dieser vorgebrachten Merkmale bezweifelt, so erhebt sich ihr Beweis zu einem subordinirten Zwecke, und das Vorbringen, woraus die Ueberzeugung von der Wahrheit hervorgehen soll, wird Mittel zu diesem Zwecke, kann also mit dem vorgehenden Vorbringen nicht identisch, sondern es muß neu seyn: neu und faktisch, denn wenn das Vorbrin-

gen in den vorigen Akten schon enthalten wäre, oder nur in Gesetzen oder Schlüssen aus dem vorigen Vorbringen bestände, so würde im ersten Fall jeder Beweis überflüssig seyn, und im letzten Falle etwas zum Gegenstande der Verhandlung gemacht werden, was blos zur Sphäre der richterlichen Reflexion gehört. Wer darthut, daß die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Behauptung durch einen Schluß schon aus dem bisherigen Vorbringen hervorgehe, der liefert eine Deduction aber keinen Beweis. Im Begriffe eines Beweises kann nur ein solches Vorbringen liegen, welches eine Bedingung ist, ohne welche der Richter das Behauptete nicht für wahr annehmen kann. Also muß es neu und faktisch seyn, weil nur das Faktische ein Gegenstand der Verhandlungen der Parteien, und nur darin die Thätigkeit des Richters bedingt ist durch das Vorbringen der Parteien *a*).

VIII.

Ohne die bekannten Eintheilungen des Beweises u. d. hier zu wiederholen, will ich die allgemeinen Sätze vom Beweise nach dem Ge-

a) Grolman §. 78. Vergl. oben Abh. XXVII. §. 4. u. 5.

sichtspunkte, aus welchem ich die Sache betrachte, vortragen, und die Anwendung des berichtigten Begriffs in einer Prüfung einiger Dinge zeigen, welche man bisher, wie ich glaube, sehr unrichtig zu den Beweismitteln zählte.

IX.

I. Nur Thatsachen können besondere Gründe und ihr Vorlegen durch eine neue Handlung der Parteien zur Ueberzeugung des Richters fordern; also können weder Gesetze noch die rechtlichen Folgen eines Faktums ein Gegenstand des Beweises seyn. Denn was die Gesetze verordnen, muß dem Richter aus den Gesetzen, nicht aber aus den Handlungen der Parteien bekannt seyn, und die Bestimmung der rechtlichen Folgen des Faktums ist Sache der, vom Vorbringen der Parteien unabhängigen, Reflexion des Richters. Nur Gewohnheitsrecht, so weit es aus Thatsachen eruirt wird, und diese einen Beweis voraussetzen, kann eine Ausnahme begründen. Den Parteien ist zwar erlaubt, ihre Rechte auch aus Gesetzen oder durch nähere Ausführung der nothwendigen oder rechtlichen Folgen eines Faktums zu vertheidigen; aber dies ist eine Deduction, welche niemals mit Bewei-

sen verwechselt werden darf, da im Beweise die Gewalt des Richters durch das Vorbringen der Parteien bedingt ist, aber in Gegenständen der Reflexion, für welche die Deductionen nur als Vorarbeiten betrachtet werden dürfen, sein Amt vom Vorbringen der Parteien ganz unabhängig ist.

X.

II. Beweis ist als Mittel bedingt durch seinen Zweck, deshalb kann 1) dasjenige, was auf die Entscheidung eines Streits keinen Einfluß hat (irrelevans), oder 2) wobey der Zweck des Beweises schon erreicht ist, kein Gegenstand des Beweises seyn. Was die Parteien im Laufe der Verhandlungen als richtig angenommen haben, muß der Richter als unstreitig betrachten, ohne darüber einen Beweis zuzulassen. Eingeständniß kann also nur in soweit für ein Beweismittel angesehen werden, als das Eingeständniß ausserhalb der gerichtlichen Verhandlungen eines eben zu entscheidenden Rechtsstreits gemacht worden ist.

XI.

III. Man leitet aus diesem Grunde gewöhnlich den Satz ab: daß notorische That-

sachen keines Beweises bedürfen, und er ist wahr, wenn man einen richtigen Begriff der Notorietät hat. Kein Gerücht, (fama) und wäre es noch so allgemein, kann im Gerichtskreise Wirkungen hervorbringen. Man weiß, wie solche Gerüchte entstehen, wie sehr durch das Herumtragen von Mund zu Mund die Wahrheit entstellt wird, wie wenig die begleitenden Umstände einer Thathandlung hiebey genau und vollständig geprüft wurden, und wie unzuverlässig jedes Gerücht ist, da oft der kleinste vernachlässigte Umstand den Fall und seine rechtlichen Folgen wesentlich verändert; keine Notorietät, wenn sie blos durch Gerücht begründet werden soll, kann daher vom Beweise befreyen a). Ist aber etwas gerichtlich bekannt, sey es nun, daß die Handlung bey dem Gerichte selbst geschah, wo ein Streit eben anhängig ist, oder daß sie von einem andern Gerichte öffentlich bekannt gemacht worden ist, wohin Prodigalitätserklärungen, Ehrlosigkeiten u. d. gehören, so beruht eine Thatsache auf öffentlichen Glauben, und bedarf keines Beweises, obgleich sehr zweckmäßig ist, daß solche

a) Cramer Observ. Iur. Universitat. Tom. III. obs. 827.

Umstände durch Marginalzeugnisse des Richters auſſer Zweifel gesetzt und künftige Anstände bey Versendung der Akten, oder ihrer Einschickung an den höhern Richter vermieden werden.

XII.

IV. Beweis soll dem Richter die Ueberzeugung vorhergehender Behauptungen verschaffen, darin muß Mittel und Zweck im richtigen Verhältniß gegen einander stehen. Neue Behauptungen oder Gründe für das bestrittene Recht dürfen demnach im Beweise nicht aufgestellt werden, sondern nur Gründe, welche den Richter bestimmen können, die im vorausgehenden Verfahren behaupteten Umstände für wahr anzunehmen. Sehr gleichgültig ist es hiebey, ob die Ueberzeugung aus den Beweisen unmittelbar hervorgeht, oder ob die Beweise eine Thatsache zum Ziele haben, aus welcher erst durch Zuhandnehmung eines Schlusses die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Behauptung geschöpft wird, denn auch der künstliche Beweis ist noch immer Beweis, aber mit dem sogenannten Beweise durch Schlüsse nicht zu verwechseln, — gleichgültig ist es, ob die Kette der Schlüsse im künstlichen Beweise länger oder kür-

zer ist; nur wird zu einem künstlichen Beweise Wahrheit der Prämissen und Richtigkeit des Schlusses erfordert. Mangelt es am Daseyn der Eigenschaften, die zur Vollständigkeit eines Beweises nach den Gesetzen nothwendig sind, in Rücksicht der Prämissen, obgleich der Schluß aus denselben bindend wäre, so ist der künstliche Beweis unvollständig, und muß nach der Natur des unvollkommenen Beweises beurtheilt werden, gerade so, als ob die Prämissen das Beweisthema gewesen wären. — Mangelt es an der Bündigkeit des aus den Prämissen auf das eigentliche Beweisthema gezogenen Schlusses, so bindet er entweder gar nicht, oder nicht vollkommen. Im ersten Fall ist gar nichts bewiesen, der zweyte bedarf einer näheren Betrachtung.

Soll durch einen Schluß ein vollkommener Beweis hergestellt werden, so muß sein Resultat juristische Gewißheit liefern. Solange daher das Gegentheil des Geschlossenen noch als juristisch möglich gedacht werden kann, so lange erzeugt der Schluß nur Wahrscheinlichkeit, nur Vermuthung, keinen vollständigen Beweis, wenn auch die faktischen Prämissen juristisch ge-

wiß seyn sollten; ein Gegenstand, welcher in der täglichen Praxis sehr häufig vernachläßiget wird.

XIII.

V. Unter mehreren Beweismitteln hat der Beweisführer die Wahl, er kann ein minder vortheilhaftes vor dem nützlichern wählen, wenn nicht eine besondere Prozeßart, z. B. der Executivprozeß eines vor dem andern ausschließend erfordert. Selbst mehrere Beweismittel kann er cumuliren, über verschiedene Beweissätze ohne alle Einschränkung, über den nämlichen Beweissatz unter gewissen Einschränkungen, besonders in Rücksicht der Eideszuschiebung *a*). Es folgt aber eben hieraus, daß alle Beweismittel, selbst die Eidesdelation, verloren sind, wenn der Beweis desert wurde.

XIV.

VI. Der Beweis selbst ruht auf faktischem Vorbringen, er kann also im Zweifel nicht für geliefert geachtet werden, sondern der Richter muß in Prüfung der Beweise, und in Ziehung der Resultate aus den ihm vorgelegten Materialien streng seyn, aber doch nicht strenger als die

a) Meine Erörterungen Seite 69.

Gesetze, denn diese hatten zwar nicht ganz, doch in vielen Punkten die Absicht, den Beweis zu begünstigen; sie wollen daher, daß der Richter in Prüfung der Beweise bey alten Sachen, wo Beweise schwerer aufzufinden sind, weniger Strenge befolge *a*) — Sie legen dem Zeugnisse von Personen, welche sonst nur eine geringere Glaubwürdigkeit haben, in Sachen, die nur im engern Kreise einer Familie vorgehen, eine besondere Glaubwürdigkeit bey. — Der Richter muß da, wo die Verwerfungsgründe zweifelhaft oder ihr Beweis weitaussehend ist, das Beweismittel mit Vorbehalt der Einreden zulassen, welche bey dem künftigen Verfahren weitläufiger auseinander gesetzt werden können.

XV.

VII. Der Beweissatz (thema probandum) hat zwey wesentlich verschiedene Bedeutungen. In Rücksicht auf den Streitgegenstand machen diejenigen Merkmale, von deren Gewißheit die Anerkennung des streitigen Rechts unmittelbar abhängt, den Gegenstand des Beweises. In Rücksicht auf die Beweisführung

a) cap. 13. X. de probat.

rung besteht der Beweissatz in demjenigen Umstand, welcher der unmittelbare Gegenstand der Beweisführung durch ein bestimmtes Mittel ist, wie er auch immer, sey es unmittelbar oder entfernt, zur Richtigstellung des Beweissatzes in erster Rücksicht beyträgt.

Der Beweis in letzter Rücksicht kann immer nur ein direkter seyn. Der Beweis in erster Rücksicht kann auch indirekt, ja sogar auf die mannichfaltigste Weise durch Zusammensetzung direkter und indirekter Beweise, oft durch eine lange Kette von Schlüssen geführt werden. Nach dieser Ansicht müssen nach vollführten Beweisen die Deductionen von den Parteien bearbeitet, und vom Richter die im Beweisverfahren vorgelegten Materialien geprüft werden; und so wird es erklärbar, daß zuweilen, wie Danz richtig bemerkt a), das Beweismittel den zu beweisenden Satz ausmacht, ein Fall, der sich besonders bey dem Eingeständniß zuträgt.

a) ordentl. Proz. §. 240. Man sehe auch Krohn (Elsässer) selecta capita de probat. ac reprob. Erlang. 1782. §. 24.

XVI.

VIII. Die Beweislast (onus probandi) kommt sogar bey einem auf die Untersuchungsmaxime berechneten Prozesse in Betrachtung, zwar nicht im Anfang des Beweisverfahrens, indem jeder Theil über die Mittel, wodurch die Wahrheit an den Tag gebracht werden kann, gefragt wird, aber doch am Ende des Verfahrens, wenn die Mittel zur Erforschung der Wahrheit unwirksam waren, denn hier schadet der Mangel am Beweise demjenigen, dessen Recht ohne Beweis einer bestimmten Sache nicht anerkannt werden kann a). Weit erheblicher aber ist die Frage von der Beweislast im gemeinen deutschen Prozesse, weil er auf der Untersuchungsmaxime ruht, der Beweis schon nach seinem Begriffe als Handlung eines streitenden Theils zu betrachten ist, und die Beweislast dem damit beladenen Theile eine ganze Reihe von Verbindlichkeiten, Mühe und Kosten zuwälzt, worunter besonders dieses zu rechnen ist, daß ihm schon vorher, wenn er den auferlegten Beweis nicht herstellt, der Sieg abgesprochen ist.

a) Preuß. Gerichtsordnung Th. I. S. 5. Mein Handb. Bd. I. S. 300.

Wer hiebey die Beweislast freywillig auf sich nimmt, indem er den Beweis anticipirt, tritt in die Stelle des Beweisführers; er leistet Verzicht auf sein Recht, den Beweis seines Gegners zu erwarten, und macht die ganze Frage: wem die Beweislast aufliege, entbehrlich. Nur insoweit kann bey ihr für die Willkühr der Parteien ein Spielraum gedacht werden, ausserdem aber gehört die Bestimmung darüber zur Sphäre des reflectirenden Richters, und die Frage: wer den Beweis führen muß, verdient eine nähere Betrachtung.

Lange hatte man sich mit der Regel begnügt, affirmanti incumbit probatio, und sich nur um den wahren Verstand des Worts affirmare bemüht, als auf einmal Specht *b*) sie für unzulänglich erklärte, und folgende an ihre Stelle zu setzen versuchte: Asserenti contra praesumtionem incumbit probatio. Er bemerkt, das Wort asserenti begreife eben so gut die be-

b) Specht de insufficientio probandi regulae: Affirmanti incumbit probatio, deque alia in ejus locum substituenda. Halle 1787. 8. de Mezger Diss. de onere probandi et causis, quae litigantem ab eo immunem reddunt. Altorf 1800. 4.

jahende Proposition als die verneinende in sich; das Princip sey also allgemein, und man müsse nur jedesmal untersuchen, wider wen die Vermuthung streitet. — Beyde Regeln kommen in den Hauptpunkten überein, und die Grundsätze, nach welchen die Beweislast anzuordnen ist, lassen sich bald auffinden.

Wer immer ein Recht in Anspruch nimmt, welches nur unter Voraussetzung eines faktischen Umstandes vom Richter anerkannt werden kann, der muß alle nachtheilige Folgen tragen, wenn die Bedingungen, unter welchen allein sein Recht realisirt werden kann, nicht erfüllt werden. Widerspricht also ein streitender Theil demjenigen, was sein Gegner an Thatumständen vorbrachte, so muß dieser dem Richter Gründe vorlegen, nach welchen er den Umstand, von dessen Wahrheit sein Recht abhängt, für wahr annehmen kann, das heißt, er muß beweisen c). Will man nur das faktische Vorbringen eines streitenden Theils Behauptung (affirmatio, assertio) nennen, so steht die Regel aufrecht, daß jeder Theil seine Behauptungen, von welchen die Anerkennung seines Rechts

c) Grolman §. 80.

abhängt, beweisen müsse; nur machen diejenigen Gründe der Wahrscheinlichkeit, welche die Gesetze zur Interimswahrheit erhoben haben (praesumtiones), hievon eine Ausnahme. Indessen ist dieser Satz so allgemein, daß eine nähere Betrachtung der einzelnen darin enthaltenen Rechtswahrheiten nicht ohne Nutzen seyn wird.

XVII.

1) Nach dem allgemeinen Grundsatze: daß die Rechte der streitenden Theile gleich sind [a]), hat hierin jeder streitende Theil, er sey Kläger oder Beklagter, eine gleiche Verbindlichkeit. Es ist demnach sehr unrichtig, wenn einige behaupten, daß die Verbindlichkeit, Beweis zu führen, immer dem Kläger obliege.

2) Indessen giebt doch die Natur der Sache hinreichende Gründe zu einer gewissen Rangordnung unter den streitenden Theilen an die Hand. Solange das Recht des Klägers vom Beweise ungewisser Umstände abhängt, bedarf der Beklagte zu seiner Vertheidigung keines neuen Vorbringens, keines Beweises für dasselbe. Zuerst also ist der Kläger zum Beweise

a) Mein Handb. Bd. I. Seite 310. u. ff.

seiner Klage verbunden, und das bekannte Rechtsaxiom: actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil reprobaverit, fließt schon aus reinen Principien. — Nach ihm kommt die Reihe an den Beklagten rücksichtlich seiner Einreden; denn nun muß er das Recht des Klägers anerkennen, wenn er es nicht durch Einreden entkräften und die Thatsachen, worauf sie ruhen, beweisen kann. — Sind die Einreden des Beklagten bewiesen, so trifft die Reihe aus dem nämlichen Grunde den Kläger wegen seiner Repliken, und nach ihm die Dupliken des Beklagten. Um diese Gradation zu bestimmen, stellten die Römer den Satz: actori incumbit probatio, als Regel auf, und fügten, um sie allgemein zu machen, den Satz hinzu: reus excipiendo fit actor, der hernach auch auf die Replikationen und Duplikationen angewendet wurde, und beyde Sätze, richtig verstanden [b]), drücken die Rangordnung in der Beweislast genau nach den angeführten Grundsätzen aus.

XVIII.

3) Jeder muß seine Behauptung, sein faktisches Vorbringen, ohne welches sein Recht

b) Meine Erörterungen Seite 55.

vom Richter nicht anerkannt werden kann, beweisen; und es gilt kein Unterschied, ob das faktische Vorbringen ein bejahender oder verneinender Satz ist. Zwar hat der zweydeutige Sinn der Worte affirmare und negare zu der Meinung den Anlaß gegeben, daß eine Negative, eine Verneinung nicht bewiesen werden könne; allein angesehene Rechtslehrer *a*) haben schon den Irthum dargelegt, deren Gründe hier kurz angeführt werden sollen. *α*) Ein jeder negativer Satz kann, wie Tevenar richtig bemerkt *b*), in einen bejahenden aufgelöset werden; es würde also das reelle Recht der Beweislast von der künstlichen Wendung abhängig gemacht, unter welcher ein streitender Theil seine Behauptungen vorträgt. *β*) Der Beweis einer Negation kann indirekte geführt werden.

a) Trier de onere probandi negantibus incumbente Francof. 1778. Westphal von dem rechtl. Beweise einer Verneinung in den hallischen wöchentl. Anzeigen v. J. 1780. Num. 36. u. 37. Nettelbladt Iurispr. pos. germ. comm. §. 104. Mezger Diss. de onere probandi et causis quae litigantem ab eo immunem reddunt, Altorf 1800. führt §. 26—30. viele Beyspiele an, wo die Gesetze einen Beweis negativer Behauptungen fordern.

b) Theorie der Beweise Seite 13.

So ist der Satz, Cajus ist kein rechtmäßiger Sohn des Titius, bewiesen, wenn dargethan ist, daß seine Mutter mit dem Titius nicht in einer Ehe gelebt habe, sondern daß dieser mit einer andern Person vermählt war c). γ) Sogar ist ein direkter Beweis einer Negative möglich, wenn das Faktum auf Zeit und Ort eingeschränkt war; z. B. daß am Leichname keine sichtbare Verletzungen waren. δ) Selbst die Gesetze, indem sie öfters d) den Beweis einer Negation, z. B. bey der Condictio indebiti fordern, erkennen die Möglichkeit desselben. ε) In einigen Gesetzen e), scheint zwar das Gegentheil verordnet zu seyn, und diesen Gesetzen verdankt die Meinung der Gegner ihr Daseyn. Aber schon Schaumburg hat den Einwurf sehr schön aufgelößt, indem er sagt: „Omne „punctum dependet de accurata negantis et „adfirmantis notione. Adfirmat is, qui „dubium quid pro se allegat; negat, qui „facto contra se allegato contradicit. Alle-

c) L. 6. D. de his, qui sui vel alieni Iuris.

d) L. 25. de probat. cap. 5. X. de renunciat.

e) L. 2. D. und L. 23. C. de probat. Im letzten ist wörtlich gesagt: per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.

„gatio ſeu aſſertio, aliquid factum non eſſe,
„cum negatione ſimplici ejus, quod alter
„aſſerit, confundenda non eſt, et de ſim-
„plici negatione facti ab altero al-
„legati intelligendae ſunt leges, quae ne-
„gantem liberant ab onere probandi *f*).“

XIX.

VIII. Beweismittel können nur in äuſſeren Gründen beſtehen, wodurch ein ſtreitender Theil in einer neuen Handlung den Richter von der Wahrheit ſeines Vorbringens zu überzeugen ſucht, und es fällt in die Begriffe, daß Urkunden, Zeugen, Eidesdelation ſolche äuſſere Gründe, ein neues faktiſches Vorbringen ſind, woraus die Ueberzeugung für den Richter hervorgehen kann. Selbſt das Eingeſtändniß, ſoweit es nicht als in den Verhandlungen des nämlichen Rechtsſtreits liegend den Beweis vielmehr überflüſſig macht, muß als ein neuer äuſſerer Grund, welchen die Parteien vorbringen, unter die Reihe der Beweismittel aufgenommen werden. Aber ich glaube, daß man bisher Augenſchein, Kunſtverſtändige, Schlüſſe und Ver-

f) Princ. prax. Iud. Tom. 1. Seite 163.

muthungen mit Unrecht als Beweismittel behandelt, und ihre Rechte nach dieser Eigenschaft bestimmt hat.

XX.

1) Der Augenschein wurde bisher als das stärkste Beweismittel angesehen, weil die Ueberzeugung von den Merkmalen aus dem streitigen Objekte selbst hervorgeht, und manche Sätze: daß er an den Beweistermin nicht gebunden sey, daß der Richter ihn von Amtswegen vornehmen könne, daß er noch in der Exekution Statt finde, hat man bisher aus einer Begünstigung dieses Beweismittels angesehen, so wenig es auch möglich war, sie mit den bey Beweisen geltenden Grundsätzen zu vereinbaren. Sehr leicht findet man aber Consequenz in allen diesen Sätzen, wenn man annimmt, daß der Augenschein kein Beweismittel, nach dem oben festgesetzten Begriffe vom Beweise, sey.

Mit dem Anbringen eines Rechtsstreits bey dem Richter ist ihm der Gegenstand des Streits im Rechtssinne schon vorgelegt. Sind Merkmale des streitigen Objekts von den Parteien als richtig anerkannt, so existirt in so-

weit unter ihnen kein Streit; und der Richter hält sich blos an ihre Geständnisse. Streiten sie hingegen über die Merkmale des streitigen Objekts, und kann die Ueberzeugung von den Merkmalen des Objekts schon aus seiner Anschauung (intuitus, juristisch, inspectio ocularis) hervorgehen, so bedarf es keines neuen Vorbringens, weil das Objekt schon mit dem Anbringen eines Rechtsstreits dem Richter vorgelegt ist, so bedarf es keiner neuen Handlung eines streitenden Theils, als der Bedingung der richterlichen Ueberzeugung; so ist von keinem neuen faktischen Grunde, welcher die Ueberzeugung bewirkt, die Rede, sondern blos von einer Anschauung des streitigen Gegenstandes, um die am Objekte selbst wahrgenommenen Merkmale mit den von den Parteien behaupteten Merkmalen zu vergleichen, und hiernach zu beurtheilen, welche von den Parteien die mit den durch Anschauung erkannten Merkmalen des Objekts übereinstimmenden Merkmale angeführt habe. Der Richter erkennt die Wahrheit aus der, seiner Prüfung schon vorgelegten Sache selbst, nicht erst aus neuen, durch eine neue Handlung eines streitenden Theils ihm vorgelegten Gründen; das Daseyn der Merkmale wird an der Sache

selbst nur erkannt, nicht durch den Augenschein ihre Wahrheit bewiesen, der Augenschein ist also kein Beweismittel im Sinne des gemeinen Prozesses.

Setze man den Fall: zwey Parteien streiten über die Gültigkeit eines Testaments wegen Mangel äusserer Förmlichkeiten, z. B. der Unterschrift von sieben Zeugen; sie haben aber das Testament selbst in Urschrift zu den Akten gebracht, und es beyderseits für das Original anerkannt; wer wird hier einen Beweis fordern, oder es für ein Beweismittel halten, wenn der Richter in das Testament hineinsieht, und durch Anschauung sich überzeugt, ob die erforderliche Anzahl von Zeugen vorhanden war, oder nicht? — Wenn die Parteien eine streitige bewegliche Sache zu Gericht brachten, und der Richter in seiner Gerichtsstube die Merkmale des Streitgegenstandes mit den Merkmalen, wie sie in den Verhandlungen angegeben worden sind, vergleicht? wer wird hier den Namen: Beweis, Beweisantretung, Beweisführung brauchen?

Wie soll aber der Umstand, ob der Richter eine gerichtliche Handlung in oder auser sei-

ner Gerichtsstube vornimmt, das Wesen und den Begriff der Handlung selbst bestimmen, wie bewirken können, daß sie auffer dem Gerichtsorte Beweismittel sey, wenn sie es im Gerichtszimmer nicht ist? — Auch eine unbewegliche Sache ist im Rechtssinne dem Richter zur Prüfung vorgelegt, und es ist eine und dieselbe Handlung, wenn der Richter auffer dem Gerichtsorte sich zu der streitigen Sache verfügt, um aus dem Objekte des Streits seine Merkmale zu bestimmen.

Man kann auch daraus die Richtigkeit meiner Behauptung: der Augenschein sey kein Beweismittel im Sinne des gemeinen Prozesses, darthun, daß derselbe mehr zur Sphäre der richterlichen Reflexion gehört. Denn wo Merkmale eines Objekts streitig sind, da ist die Vergleichung der am Objekte selbst durch Anschauung wahrzunehmenden Merkmale mit den Merkmalen, welche von den Parteien in ihren Verhandlungen angegeben worden sind, Sache der Reflexion; also vom Vorbringen der Parteien unabhängig, folglich kein wahres Beweismittel.

Hierin liegt der Grund, warum der Augenschein an keine Zeit, an keinen Beweister-

min gebunden ist, warum ihn der Richter von Amtswegen verfügen, sogar eine Partei noch in der Exekution auf Einnehmung des Augenscheins antragen kann. Sehr schön bemerkt daher Grolman a): daß ein Richter, welcher aus der Lage der Sache wahrnimmt, die Entscheidung des Streits, und die Prüfung der von den Parteien angeführten Merkmale des Streitgegenstandes hänge von einer Besichtigung ab, keinesweges durch ein Beweisinterlocut eine förmliche Beweisführung, aus welcher nur unnütze Weitläufigkeit entstände, zu veranlassen habe; sondern daß er hier vielmehr von Amtswegen den Augenschein einnehmen, und sodann gleich endlich sprechen müsse: eine Bemerkung, welche mit der Natur der Sache vollkommen übereinstimmt, und verdiente, jedem Richter vom Gesetzgeber ausdrücklich zur strengen Verbindlichkeit gemacht zu werden.

Zwar können auch die Parteien um Einnehmung des Augenscheins bitten; aber dies ändert seine Natur eben so wenig, als die Verbindlichkeit des Richters auch unaufgefordert auf die Gesetze Rücksicht zu nehmen, durch

a) §. 187.

die Befugniß der Parteien, Rechtsausführungen in ihren Schriftsätzen vorzubringen, abgeändert wird. Denn was überhaupt zu des Richters Amte gehört, darauf können ihn die Parteien aufmerksam machen, ohne daß hierdurch eine Schrift, worin sie es thun, in eine Beweisantretung umgeschaffen würde.

XXI.

2) Kunstverständige können entweder als Gehülfen des Richters bey Einnehmung des Augenscheins, oder als Beurtheiler des Streitgegenstandes, soweit die Beurtheilung des dabey zum Grunde liegenden Faktums eine besondere Kunst oder Wissenschaft voraussetzt, betrachtet werden. In der ersten Beziehung sind sie so wenig, als der Augenschein selbst, ein Beweismittel, denn sie werden nur beygezogen, weil der Richter durch sie in Einnehmung des Augenscheins seine Augen waffnen muß. In der letzten Hinsicht machen sie einen Theil der richterlichen Reflexion als Iudices facti aus, können daher zur Sphäre der Verhandlungen von Seiten der Parteien, und eben darum zu einem wahren Beweismittel nicht gezählt werden.

Daß die Parteien auch von ihrer Seite Kunstverständige vorschlagen, ändert nichts an der Sache; werden doch auch die Austrägalgerichte durch die Parteien erwählt, ohne daß sie deshalb nach ihrer Wahl eine andere Eigenschaft, als die eines Richters, an sich trügen. Eben so wenig trägt es zur Sache bey, daß unsere Gesetze die Kunstverständigen nach der Analogie der Zeugen behandeln, da sie eben diese Analogie als den Erkenntnißgrund für die Fähigkeit und Unparteilichkeit eines Richters aufstellen.

XXII.

3) Auch Schlüsse hat man bisher unrichtig den Beweismitteln zugezählt. Sie sind immer nur Sache der Reflexion; also vom Vorbringen der Parteien unabhängig. Und wenn auch die Gesetze den Parteien erlaubten, über die Materialien der bisherigen Verhandlungen ihre Reflexionen dem Richter in besondern Deductionen vorzulegen, so wie sie über die anzuwendenden Rechtssätze Deductionen übergeben dürfen, so sind doch diese Deductionen keine Bedingung der richterlichen Thätigkeit, so ist

das

das Amt des reflectirenden Richters von ihnen nicht abhängig, und die Ziehung der Schlüsse aus allen in den Akten enthaltenen Materialien Sache des Richters; kein Gegenstand, bey welchem die Verhandlungen der Parteien Bedingung sind. Lagen die Materialien zur Ziehung der Schlüsse schon in den Verhandlungen des ersten Verfahrens, so hat der Richter seine Ueberzeugung schon aus diesem, und er darf sie von zwecklosen neuen Verhandlungen der Parteien, von einem erst zu führenden Beweise, nicht abhängig machen. Werden erst die Materialien als neues faktisches Vorbringen durch das Beweisverfahren geliefert, so besteht der eigentliche Beweis, als Handlung der Partei, in den neu vorgelegten faktischen Gründen, die daraus abzuleitenden Schlüsse (probatio artificialis) sind der unmittelbare Gegenstand eines solchen Beweises nicht; in keiner Rücksicht kann man demnach Schlüsse zur Klasse wahrer Beweismittel rechnen.

XXIII.

4) Noch weniger gehören Vermuthungen zu den Beweismitteln; denn sie bestehen

auch in einem Schlusse, und unterscheiden sich von dem sogenannten Beweise durch Schlüsse nur dadurch, daß aus diesen das Geschlossene als eine nothwendige Folge hervorgeht; Vermuthungen aber nur ein wahrscheinliches Resultat liefern, dessen Gegentheil noch als juristisch (§. VII. n. 4.) möglich gedacht werden kann. Was demnach vom Beweise durch Schlüsse gesagt wurde, gilt in einem höhern Grade auch von Vermuthungen.

XXIV.

IX. Beweis als Handlung einer Partei besteht in einer ganzen Reihe von Handlungen, welche verschiedene Abschnitte hat, deren Inbegriff das Beweisverfahren genannt wird. — Es fängt A) mit der Beweisantretung an. B) Hierauf folgt die richterliche Verfügung auf den Antritt eines Beweises. C) Nicht selten wird hierdurch ein besonderes Verfahren über die Zulässigkeit der gewählten Beweismittel (Productionsverfahren) veranlaßt. D) Einige Beweismittel fordern noch einige Vorbereitungen zur Ausführung eines Beweises. E) Nun folgt die wirkliche Vollführung des Beweises (Produktionstermin). F) Endlich kommen die Deduk-

tionen über die im Beweisverfahren vorgelegten Materialien. Von diesen Theilen hat im Allgemeinen, abgesehen von den Invidualitäten eines Beweismittels, nur der Beweistermin ein besonderes Interesse, von welchem ich ausführlicher handeln werde.

XXV.

Die Beweisantretung besteht in der Erklärung des Beweisführers, daß er den Beweis übernehme, und in der detaillirten Anzeige der Mittel, wodurch er jeden einzelnen, zur Erschöpfung des Beweisthemas gehörenden Punkt darzuthun gedenkt *a*). Gieng ein Interlocut auf Beweis vorher, so ist es der angetretene Beweis; ein ohne Zwischenbescheid übernommener Beweis hingegen, wird ein anticipirter genannt *b*).

Niemals genügt eine allgemeine Erklärung, daß man beweisen wolle, oder eine allgemeine Anzeige, daß man durch Zeugen, Urkunden u. d. den Beweis zu führen gedenke; sondern die

a) Grolman §. 189.

b) Man sehe darüber meine Erörter. S. 166. und die folgende Abhandlung.

Zeugen müssen namhaft gemacht, die Artikel übergeben, die Urkunden in Abschrift vorgelegt werden. Dies gehört zur Form dieser Handlung, und ihre Vernachläßigung hat da, wo der Beweistermin ipso jure peremtorisch ist, große Folgen: weil eine solche Handlung, welcher es an der specifiken Angabe der concreten Beweismittel mangelte, als unförmlich, somit als nichtig betrachtet wird c); folglich die präclusive Kraft des Beweistermins ihre Wirkungen äussert.

Eine besondere Vorsicht ist darum bey dem künstlichen Beweise nothwendig, damit man sich bey der Beweisantretung nicht auf eine Anzeige der noch unbewiesenen Thatsachen einschränke, aus welchen man das Beweisthema der Hauptsache durch einen Schluß herleiten will; sondern daß man, nach der oben (§. XV.) gemachten Bemerkung, diese Thatsachen, welche Prämissen des künstlichen Beweises sind, als den eigentlichen Beweissatz in Rücksicht auf Beweisführung betrachte, folglich alle Beweismittel detaillirt angebe, wodurch man diese Thatsachen zu beweisen gedenkt. In dem in meinen juri-

c) Mein Handb. Bd. I. Seite 340. u. ff.

stischen Abhandlungen [d]) erzählten Falle war auf Beweis darüber interloquirt worden, daß der Stiefvater die Einkindschaftung stillschweigend fortgesetzt habe. Der Anwalt führte in der Beweisantretung eine Menge von Handlungen an, woraus diese stillschweigende Fortsetzung geschlossen werden sollte, ohne über eine dieser Handlungen einen Zeugen oder eine Urkunde zu benennen, und es ist sichtbar, daß diese Anzeige von Handlungen — ihren Beweis vorausgesetzt — eine gute Deduction, nie aber eine Beweisantretung war.

XXVI.

Insoferne, als alle Handlungen der Parteien auf eine gewisse Zeit eingeschränkt sind, kommt auch der Beweistermin hier in Betrachtung, als ein desto wichtigerer Gegenstand, je verwickelter die bey ihm geltenden Rechtsgrundsätze sind.

Bey einem anticipirten Beweise kann schon darum von ihm keine Rede seyn, da in seinem Begriffe vorausgesetzt wird, daß ein Interlocut auf Beweis nicht vorhergieng; nur bey dem

d) Th. I. S. 172.

auferlegten Beweise kommt ein Beweistermin vor, dessen Wirkungen und Anfang näher betrachtet werden müssen.

XXVII.

1) Unter den Wirkungen des Beweistermins ist es eine der bekanntesten Kontroversen, ob er ipso jure peremtorisch sey? Schon Böhmer *a*) hat bemerkt, daß das römische und kanonische Recht so wenig, als der jüngste Reichsabschied einen Beweistermin festsetzen, und insbesondere hat Koch *b*) eine hinreichende Widerlegung Leysers *c*) geliefert, welcher aus einer misverstandenen und in Deutschland nie zur Anwendung gebrachten Stelle des römischen Rechts *d*) behauptete: das römische Recht habe einen Beweistermin gesetzlich bestimmt.

Allein damit scheint die eigentliche Frage noch nicht gelöset zu seyn. Denn es sey die Zeit

a) I. H. Böhmer I. E. P. Lib. II. tit. 19. §. 13.

b) Differt. de initio termini probat. Giss. 1785. §. 4.

c) Med ad Pand. spec. 258. med. 2.

d) L. 1. C. de dilat.

bey dem Beweistermine auch nicht bestimmt worden, so könnten dennoch Gründe vorliegen, aus welchen seine Kraft als ein ipso jure zerstöhrlicher Termin zu rechtfertigen wäre. Mir scheint also der Grund, warum er diese Kraft nicht hat, darin zu ruhen, daß die Gesetze ihm die peremtorische Eigenschaft nicht beylegen, und man nicht berechtiget ist, einen Termin für gesetzlich zerstöhrlich zu erklären, wenn in den Gesetzen kein Grund für diese Strenge enthalten ist *e*). So offenbar es nun am Tage liegt, daß die von Wernher *f*) behauptete peremtorische Eigenschaft keinen Grund für sich hat, wie denn auch dieser Schriftsteller keinen Beweis für; seine Meinung anführen konnte; so wenig Consequenz finde ich darin, daß man den Beweistermin dann als ipso jure peremtorisch ansehen will, wenn der Richter im Urtheil ihn als peremtorisch ausdrücklich ansetzte; denn eines Theils machte man es von der Willkühr des Richters abhängig, ob er ihm diese Eigenschaft beylegen wollte, und wer wird in einem so wichtigen Gegenstand Willkühr zur Maxime er-

e) Man vergleiche die oben in der Abh. XXVIII. §. 7. darüber vorgetragenen Grundsätze.

f) Observ. for. P. V. obs. 76.

heben. Anderntheils kann der Richter in Festsetzung der rechtlichen Folgen seiner Termine nicht strenger seyn, als die Gesetze, und diese rechtfertigen eine solche Strenge nicht. Vielmehr verdient nach dem gemeinen Rechte die Meinung G. L. Böhmers g) den Vorzug, welcher den Beweistermin nur als eine arctatorische, also in der Regel dilatorische Ladung betrachtet. Indessen haben die Provinzialgesetze der mehrsten deutschen Länder diese Lücke des gemeinen Rechts ausgefüllt, und den Beweistermin als einen ipso jure peremtorischen festgesetzt.

Wo nun nach besondern Landesgesetzen der Beweistermin auch ipso jure peremtorisch ist, da braucht man zwar 1) keine Ungehorsamsbeschuldigung und keinen Präclusivbescheid, damit die Folgen seiner Vernachläßigung eintreten, denn er ist schon Kraft des Gesetzes zerstöhrlich; auch 2) wird durch seine Verabsäumung nicht nur die Beweisantretung, sondern der ganze Beweis desert, alle Beweismittel, selbst die Eideszuschiebung sind in der Desertion begriffen, und diese präclusive Kraft äussert sich 3) nicht

g) Princ. Iur. Can. §. 778. vergl. mit §. 739.

nur da, wo der Beweis auf keine Art angetreten wurde, sondern sie erstreckt sich auf alle in einem concreten Falle unbenützte Beweismittel: auf Zeugen, die man nicht vorschlug, auf Urkunden, die man nicht vorlegte. Dennoch ist er 5) kein Fatale, er läuft daher nicht von Augenblick zu Augenblik *h*). 6) Er kann aus hinreichenden Ursachen auf Begehren des Beweisführers vom Richter verlängert werden. 7) Er geht nicht auf die Vollführung, sondern nur auf Antretung des Beweises. 8) Die Folgen seiner Verabsäumung können nach den allgemeinen Grundsätzen vom Ungehorsam der Parteien nur auf diejenigen Beweismittel sich erstrecken, deren sich der Beweisführer bedienen konnte.

XXVIII.

2) Mit Beantwortung der Frage, wann der Beweistermin zu laufen anfange, hat sich Koch in der angezeigten Dissertation besonders beschäftiget, und alle dabey denkbaren Fälle so genau ausgezeichnet, daß seine Grundsätze im Ganzen allen Beyfall verdienen, wie denn alle neuere Schriftsteller über den gemeinen Prozeß

h) Koch a. a. O. §. 6.

seinen Grundsätzen größtentheils nachfolgten. Indessen wird es der Vollständigkeit wegen meinen Lesern nicht unangenehm seyn, diesen Gegenstand hier behandelt zu sehen, besonders, da manches von dem, was Koch behauptete, einer Berichtigung bedarf.

Die Auferlegung des Beweises, in welcher Form sie auch geschehen mag, ist ein Urtheil, welches auf die Hauptsache einen wesentlichen Einfluß hat, dessen Wirkungen auch nur von der Zeit an eintreten können, wo alle Bedingungen vorhanden sind, von welchen die Kraft eines solchen Urtheils abhängt. Kommen nun Umstände hinzu, welche der Erfüllung des Urtheils ein rechtliches Hinderniß in den Weg legen, so müssen auch diese vor dem Anfang des Beweistermins gehoben seyn. Der Gegenstand wird also durch zwey Hauptgrundsätze erschöpft:
A) es wird ein rechtskräftiges Urtheil, und
B) die Entfernung aller rechtlichen Hindernisse erfordert; nur sind sie zu allgemein, und die Fälle, welche unter sie subsumirt werden müssen, so mannichfaltig, daß sie mit Stillschweigen nicht übergangen werden dürfen.

XXIX.

A. Weil Rechtskraft des Urtheils eine Bedingung seiner Wirkungen ist, so fängt 1) in der Regel der Beweistermin erst von der Zeit an, wo das Urtheil in Rechtskraft übergieng; also nach dem gemeinen Rechte erst in 10. Tagen nach der Verkündigung des Urtheils. 2) Ausnahmsweise giebt es jedoch Urtheile, welche sogleich die Rechtskraft beschreiten, und dies tritt besonders da ein, wo die Parteien das Urtheil vor dem Decendium als rechtmäßig anerkennen, somit durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht das Recht zur Appellation aufgeben. Hier fällt es denn in die Begriffe, daß bey früher eingetretener Rechtskraft auch der Beweistermin früher zu laufen anfange, jedoch in der Voraussetzung, daß dem Beweisführer die Gründe bekannt waren, wegen welcher die Rechtskraft vor dem gesetzlichen Zeitpunkte eintrat *a*).

XXX.

B. Hindernisse, welche die Befolgung eines Urtheils durch Beweisantretung aufschieben, müssen nicht nur an sich rechtliche Hindernisse,

a) Koch a. a. O. §. 10.

sondern auch so beschaffen seyn, daß sie auf den Beweis einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß haben; wobey denn drey Gegenstände eine besondere Erwägung verdienen: 1) das Ansuchen um Erläuterung des Urtheils; 2) die Ergreifung eines Rechtsmittels; 3) wenn das Beweisinterlocut zugleich eine andere Auflage in sich faßt.

XXXI.

1) Dem Gesuche um Erläuterung des Urtheils legt Koch *a*) unbedingt die Kraft bey, daß der Beweistermin erst nach der Declaration mit dem Tage anfange, wo diese in Rechtskraft übergeht. Wenn das Urtheil, wie Koch den Fall aufstellt, wirklich dunkel war, so läßt sich an dieser Meinung nichts tadeln. Weil aber die Rechtslehrer einstimmig behaupten, daß das Gesuch um Erläuterung des Urtheils kein Rechtsmittel ist, und weil im Falle, wenn der Richter die gebetene Erklärung als überflüssig und unstatthaft abschlägt, schon das erste Urtheil als rechtskräftig betrachtet wird *b*), so ist diese

a) a. a. O. §. 8.

b) Danz §. 439. und die von ihm angeführten Schriftsteller.

Meinung desto gefährlicher, je gehäßiger den Richtern solche Declarationsgesuche sind, und je mehr die tägliche Erfahrung zeigt, daß die Richter selbst da, wo sie das Urtheil erläutern, wenigstens den Worten nach das Gesuch um Erläuterung für unstatthaft erklären. Weit sicherer ist es demnach, die Zweifel über den Sinn eines Urtheils als ein Hinderniß seiner Befolgung anzusehen, und mit dem Declarationsgesuche eine Bitte um Verlängerung des Beweistermins zu verbinden. Manches kann als Hinderniß für ein Fristgesuch gelten, was den Termin ohne Fristgesuch nicht aufhält.

XXXII.

2) Wurde ein Rechtsmittel gegen das Beweisinterlocut ergriffen, so scheint Koch *a*) nur den Suspensivmitteln einen Einfluß auf Verschiebung des Beweistermins zuzugestehen, und ihn den nichtsuspensiven Rechtsmitteln abzusprechen, da er seine ganze Ausführung nur auf die ersten einschränkt, und die letzten gar nicht berührt. Allein mir scheint, daß der Geist unserer Gesetze bey Versagung der Suspensivkraft eine solche Anwendung auf Beweisinterlocute

a) a. a. O. §. 11.

nicht vertrage. Ich muß das Interesse der Sache durch ein auffallendes Beyspiel erst anschaulich machen, ehe ich die Gründe a priori aufsuche. — Setze man den Fall: der Richter habe auf Abschwörung eines nothwendigen Eides erkannt, das Urtheil die Rechtskraft beschritten, den Termin zur Abschwörung des Eides unter Strafe der Recusation anberaumt; und jetzt erst ergreife derjenige, welcher schwören sollte, das nicht suspensive Rechtsmittel der Nichtigkeitsklage; — wer wird ihn verbinden, zu schwören, ehe über sein Rechtsmittel erkannt ist, oder wer wird den Eid hier für verweigert ansehen? Denke man sich einen Rechtsstreit über einen Gegenstand, wo der Appellation die Suspensivkraft versagt worden ist, soll hier, wo kein Suspensivmittel Statt findet, der Beweister min auch bey ergriffener Appellation gleich nach Verkündigung des Urtheils anfangen? —

Dringt man in den Geist der Gesetze, so findet man bald, daß die versagte Suspensivwirkung bey Rechtsmitteln sich nur auf Leistungen des unterliegenden Theils an seinen Gegner, nur auf Erfüllung seiner Hauptverbindlichkeit, nur auf dasjenige, worüber Execution

Statt findet, erstrecke, und daß Execution des Urtheils mit der Befolgung eines Interlocuts nicht für gleichbedeutend gehalten werden dürfe. Immerhin mag der unterliegende Theil angehalten werden, seinem Gegner das, was er ihm nach dem Urtheil schuldig ist, zu leisten, wenn das ergriffene Rechtsmittel keine Suspensivkraft hat; aber am Beweise prävalirt immer die Eigenschaft, daß er Mittel zum Zwecke und eine Veranlassung zu einer ganzen Reihe gerichtlicher Handlungen ist, deren Vornahme nur dann als zulässig und nothwendig gedacht werden kann, wenn der Zweck selbst nicht mehr problematisch ist. Da nun bey einem jeden wider ein Beweisinterlocut ergriffenen Rechtsmittel, auch wenn es keine Suspensivkraft hat, die Rechtmäßigkeit des Erkenntnisses problematisch, also ungewiß ist, ob der auferlegte Beweis ein Mittel zur Entscheidung des Streits sey, so läßt sich bey ergriffenen nicht suspensiven Rechtsmitteln so wenig als bey Suspensivmitteln vor dem Erkenntniß über sie eine Beweisführung als zweckmäßig denken; woraus denn folgt, daß in beyden Fällen der Anfang des Beweistermins sistirt werde.

Ohne demnach zu unterscheiden, ob ein Rechtsmittel zu den suspensiven gehöre oder nicht, fordere ich α) den Gebrauch eines nicht an sich unerlaubten Rechtsmittels, β) daß der Gegenstand desselben mit dem auferlegten Beweise in einer unmittelbaren oder wenigstens mittelbaren Verbindung stehe. γ) Uebrigens ist es an sich gleichgültig, ob der Beweisführer oder sein Gegner das Rechtsmittel ergriffen hat a).

XXXIII.

Nach ergriffenem Rechtsmittel sind verschiedene Fälle möglich, welche Koch a) sehr gut auseinander gesetzt hat. α) Wird das Rechtsmittel verworfen, also auf das Ansuchen um Prozesse ein abschlägiges Dekret erkannt, so fängt der Beweistermin nicht eher an, als bis dieses die Rechtskraft beschritten hat. Jedoch setze ich voraus, daß der Beweisführer hievon Nachricht erhalten habe, denn ehe dieses geschehen ist, muß bey ihm der Grundsatz gelten: non valenti agere non currit praescriptio. Dahin zielt auch die bey dem Reichshofrath in abschlä-

a) Koch a. a. O. §. 11.

a) a. a. O. §. 11. u. ff.

abschlägigen Conclusis übliche Formel ab: idque notificetur judici a quo pro complemento justitiae. β) Bey einem desert gewordenen Rechtsmittel fängt für den Appellanten der Beweistermin mit dem Tage an, wo der Desertionsfall eintrat, nicht mit dem Tage, wo die Desertionserklärung erfolgte, weil die Rechtskraft aus der Desertion selbst, keinesweges aber aus dem Desertionsbescheide erwächst. War demnach in der Zwischenzeit, seitdem nämlich das Rechtsmittel desert wurde, bis zum Augenblick der Desertionserklärung der Beweistermin ausgelaufen, so ist auch der Beweis desert. Hingegen, wenn der Appellat der beweisführende Theil ist, so fängt der Beweistermin erst da an, wo die Desertionserklärung ihm als rechtskräftig bekannt wurde. γ) Hört das Rechtsmittel durch einen Verzicht auf, so fängt der Beweistermin für den verzichtleistenden Beweisführer vom Tage des geleisteten Verzichts, für seinen Gegner, vom Tage der ihm bekannt gewordenen Verzichtleistung an. δ) Ergieng in der höhern Instanz, nach erkannten Prozessen und den Verhandlungen der Parteien, ein Urtheil, so wird dies als ein ganz neues Urtheil angesehen, bey

welchem nicht anders, als nachdem es die Rechtskraft beschritten hat, der Beweistermin seinen Anfang nimmt.

XXXIV.

3) Getheilter sind die Meinungen über den Anfang des Beweistermins bey einem bedingten Interlocute. Einige glauben, der Beweistermin laufe in keinem Falle vor Purification des Urtheils *a*); andere unterscheiden, ob der Beweisführer oder sein Gegentheil vorher etwas zu leisten verbunden sey *b*). Allein nicht jede, dem Beweisinterlocut beygefügte Auflage macht dasselbe zu einem bedingten, und eine bedingte Auflage ist mit einer eventuellen auch nicht gleichbedeutend; man wird demnach die verschiedenen bisher verwechselten Fälle absondern müssen, welche unsere Frage in sich faßt. α) Wenn der Beweis auf einen besondern Fall (in eventum) unter Beyfügung eines Termins vorbehalten war, so fängt der Beweistermin — die Rechtskraft des Urtheils immer voraus-

a) Schaumburg Princ. prax. jud. Tom. 1. Seite 166. Wehrn von gerichtlichen Einw. §. 57.

b) Koch a. a. O. §. 9. nach ihm Danz §. 265.

gesetzt — von dem Tage an, wo dem Beweisführer das Daseyn dieses Falls bekannt wurde. β) Ist das weitere Verfahren weder überhaupt noch insbesondere der Beweis von der im Urtheil enthaltenen Nebenbestimmung abhängig, so wird durch sie der Beweistermin in seinem Laufe gar nicht aufgehalten: z. B. wenn dem Beweisinterlocut eine Verurtheilung zum Ersatz der Contumacialkosten angehängt war. γ) Ist aber die im Beweisinterlocut gemachte Auflage als Bedingung für den Beweistermin ausdrücklich festgesetzt (conditionata), oder ist sie nach der Natur der Sache Bedingung des weitern Verfahrens: z. B. eine Auflage um sich zur Sache zu legitimiren, so kommt es, wie Koch richtig bemerkt, auf den Unterschied an: ob der Beweisführer oder ob sein Gegner etwas vorher leisten soll; im letzten Falle kann der Beweistermin nicht früher anfangen, als bis dem Beweisführer die Erfüllung der Präjudicialauflage bekannt wurde [c]). Im ersten Falle hingegen muß man darauf sehen: ob der Richter für die Erfüllung der besondern Auflage einen eigenen Termin, und für den Beweis einen andern angesetzt hat, und hier muß man annehmen, der

c) Grolman §. 186.

Richter habe dem Beweisführer nicht zu gleicher Zeit eine doppelte Last aufbürden, sondern ihm vielmehr den ersten Termin zur Erschöpfung der Präjudicialauflage, den zweyten zur Beweisantretung, diesen also erst nach Ablauf des ersten Termins ansetzen wollen; es wäre denn vom Richter ausdrücklich erklärt worden, daß der erste Termin in den letzten eingerechnet werden solle; oder ob der Richter für die Präliminarauflage und den Beweis nur einen Termin angesetzt hat, und in diesem Falle ist von dem Grundsatz auszugehen: daß der Richter für beyde Gegenstände nur einen Termin habe bestimmen wollen. Auch hier den Anfang des Beweistermins bis zur Erfüllung der vorhergehenden Bedingung hinauszusetzen, ist darum unerlaubt, weil, wie schon der angeführte Koch bemerkte, der Beweisführer hierdurch Gelegenheit erhielte, den Ausgang eines Streits gegen den Zweck aller richterlichen Gewalt willkührlich zu verhindern.

XXXV.

X. Niemals darf der Richter ein bestrittenes Faktum unter das Gesetz subsumiren, um hierdurch den Ausspruch über die Rechte der

Parteien zu bestimmen, so lange nicht für dessen Wahrheit Gründe mit allen gesetzlichen Eigenschaften streiten. Weil indessen die Gesetze es für unmöglich hielten, daß jedesmal von den Parteien alle gesetzliche Forderungen bey der Beweisführung befriediget werden, so kamen sie der Unvollkommenheit unserer Forschungen dadurch zu Hülfe, daß sie zu einem Eide ihre Zuflucht nahmen, durch welchen mangelhafte Beweise zum Grade juristischer Wahrheit erhöht werden, und es war sehr consequent, den Eid, da er einmal ein Beweismittel ist, besonders da zu benützen, wo andere Mittel zur Erforschung der Wahrheit ihre Dienste versagen. Hieraus entstanden die nothwendigen Eide, der bekannte Erfüllungs, und Reinigungseid, nebst der hiemit in unzertrennbarer Verbindung stehenden Lehre vom unvollkommenen Beweise.

Vom Nichtsbeweisen bis zum vollständigen Beweise giebt es viele Grade. Und da der Grad von Wahrscheinlichkeit bey dem unvollkommenen Beweise ein Bestimmungsgrund für den Richter ist, welchem von beyden Theilen er den Eid auftragen soll, indem unter gleichen Umständen der Vorzug demjenigen gebührt, der mehr

Wahrscheinlichkeit für sich hat, so war die Praxis bemüht, einen Maasstab zur Abmessung dieser Grade aufzusuchen. Sie theilte also den vollständigen Beweis in zwey Hälften, und nannte denjenigen Beweis, welcher die Hälfte dessen hat, was die Gesetze zum vollkommenen Beweise fordern, einen halben Beweis (probatio semiplena). — Hat der Beweis noch über diese Hälfte etwas, ohne jedoch den vollen Grad des Beweises zu erreichen, so ist er mehr als ein halber Beweis (semiplena maior). — Hat er weniger, ohne sich in ein Nichts zu verliehren, so ist es ein weniger als halber Beweis (semiplenâ minor). — Diese Gradation machte man durch das Beyspiel vom Zeugenbeweise anschaulich. Die Gesetze fordern zu einem vollkommenen Beweise die übereinstimmende Aussage zweyer unverdächtiger Zeugen, folglich macht ein unverdächtiger Zeuge genau die Hälfte, — ein nicht ganz unverdächtiger Zeuge weniger als die Hälfte, — und ein glaubwürdiger Zeuge neben einem nicht ganz unverdächtigen mehr als die Hälfte. —

Allein so scheinbar diese Darstellung ist, und so genau sie dem ersten Blicke nach selbst

mit den Regeln der Arithmetik übereinstimmt, so falsch und unbefriedigend zeigt sie sich bey schärferer Prüfung. Wer wird sagen, daß derjenige, für welchen die Aussage eines classischen Zeugen spricht, nicht mehr Wahrscheinlichkeit für seine Angaben habe, als sein Gegner, welcher nichts aufbringen konnte? Wie will man den Maasstabe vom Zeugenbeweise auf die künstlichen Beweise anwenden, wie sollen nach diesem Maasstabe andere Gründe der Wahrscheinlichkeit berechnet werden? — Lese man doch, um sich von der Unanwendbarkeit dieses Maasstabs bey Vermuthungen zu überzeugen, die meisterhafte Ausführung über den höhern Grad von Wahrscheinlichkeit aus vielen sehr scharfsinnig combinirten Vermuthungen bey Stengel *a*)!

XXXVI.

Viel richtiger führt Grolman *a*) diese Lehre auf den Grad von Wahrscheinlichkeit zu.

a) Praktisch juriſt. Ausarbeitungen Bd. I. (Berlin 1799. 8.) Seite 129. u. ff.

a) §. 81*a* besonders hat diesen Satz schon Crell de jurejur. suppletorio, quod sine probatione decernitur, Wittemberg 1751. in Dissertat. Crellian fasc. X. Seite 1646. ausgeführt.

rück, welcher für den Beweisführer ſtreitet. Halten ſich die Gründe für und gegen den Beweisführer das Gleichgewicht, ſo, daß das Gegentheil vom Beweisſatze eben ſo gut juriſtiſch möglich gedacht werden kann, als ſein Daſeyn, ſo iſt der Beweis halb; rückt er über dieſe Gränzlinie hinaus, ſo iſt die Richtigkeit des Beweisthemas wahrſcheinlicher, ſo iſt er mehr als halb, im entgegengeſetzten Verhältniß minder als halb; wobey denn der Grad der Wahrſcheinlichkeit nicht blos nach den Beweismitteln und ihrer Glaubwürdigkeit, ſondern nach allen Umſtänden, aus welchen ein Faktum zuſammengeſetzt iſt, nach allen dabey eintretenden Vermuthungen abgemeſſen werden muß.

Bey einem mehr als halben Beweiſe wird auf den Erfüllungseid, bey einem weniger als halben Beweiſe auf den Reinigungseid, und bey dem halben Beweiſe auf den Reinigungseid in der Regel erkannt [b]), es wäre denn, daß der Beweisführer über eigenes Wiſſen (de veritate), ſein Gegner aber nur über Nichtwiſſen (de ignorantia) ſchwören könnte, als in

b) Malblanc Doctr. de jurejur. §. 72.

welchem Falle derjenige den Vorzug verdient, welcher über eigenes Wissen zu schwören im Stande ist c).

Niemals aber kann ich Grolman beystimmen, wenn er behauptet, daß aus der Verbindung mehrerer bloßen Vermuthungen ein vollständiger Beweis entstehen könne, so oft die Zweifel, welche jeder einzelnen Vermuthung entgegen gestanden haben würden, durch diese Verbindung wechselsweise befriedigend aufgehoben werden d). Denn eben in dem liegt der Hauptpunkt, ob die Auflösung der Zweifel durch Verbindung mehrerer Vermuthung befriedigend, das heißt, so geschehen könne, daß juristische Gewißheit daraus entsteht? Und es ist bald sichtbar, daß aus bloßen Vermuthungen schon nach der Eigenschaft der Prämissen bey einem auch noch so richtigen Schlusse nur ein wahrscheinliches, nie aber ein juristisch gewisses Resultat hervorgehe,

c) Grolman §. 95. hat das sogenannte juramentum Credulitatis mit Recht ins Reich der Träume verwiesen.

d) §. 90.

(§. XII.), weshalb durch die Verbindung mehrerer Vermuthungen zwar ein mehr als halber Beweis, niemals hingegen ein vollständiger Beweis hervorgebracht werden kann.

XXXIII.

Vom anticipirten Beweise.

I.

Der Satz, daß der Beweis eine Last sey, führte sehr natürlich zur Idee, daß ein streitender Theil einer solchen Last sich freywillig unterziehen, also den Beweis übernehmen könne, ehe noch der Richter auf Beweis erkannt hat. Der jüngste Reichsabschied drückte dieser Freyheit das Siegel auf, da er es in die Willkühr der Partelen stellte: ob sie ihre Behauptungen sogleich mit Beweisen belegen oder wenigstens die Beweismittel anzeigen wollen oder nicht *a*). Manche Landesgesetze machen es sogar dem Kläger zur Pflicht, bey Einreichung der Klage seine Beweismittel anzugeben *b*). Hieraus ent-

a) §. 96.

b) Selbst der jüngste Reichsabschied §. 45 — 49. scheint für eine solche Verbindung geneigt zu seyn.

stand die Eintheilung des Beweises in auferlegten und anticipirten, deren praktische Verschiedenheiten ich schon in meinen Erörterungen c) behandelt habe.

Bey der Anzeige dieser Schrift machte mich ein Recensent darauf aufmerksam d), daß die Lehre vom anticipirten Beweise, nebst den von mir aufgezählten Verschiedenheiten im Ganzen eine schärfere Untersuchung verdiene, und ich fand bey genauerem Nachforschen diese Bemerkung so gegründet, daß ich diesen Wink dankbar zu benützen, und den Gegenstand im Ganzen zu erörtern, mich bewogen sah.

II.

Mit dem Geiste des gemeinen Prozesses, und mit den Maximen einer guten Gesetzgebung kann ich diese Verbindung der Beweise mit den ersten Verhandlungen niemals vereinbaren. Das erste Verfahren in einem Rechtsstreit kann keine andere Absicht haben, als durch die wechselsweisen Erklärungen beyder Theile den eigentlichen

c) Seite 166.

d) Hallische Juriſt. Litt. Zeit. Erster Jahrgang Seite 407.

Streitpunkt auf das genaueste herzustellen. Darum muß der Beklagte auf die Klage, und der Kläger auf die Umstände der Einreden speciell Punkt für Punkt antworten, und aus diesen Verhandlungen muß sich erst zeigen, was unter den Parteien streitig ist, was eines Beweises bedarf, und wer beweisen müsse? Darüber wird erkannt, und ein Beweistermin angesetzt, welcher nach den mehresten Prozeßordnungen eine peremtorische Kraft hat. Der Antritt des Beweises eröffnet das Beweisverfahren, wobey ganz eigene Perioden, eigene Einreden, und eine besondere Verfahrungsart Statt finden. Welche Verwirrungen und Inconsequenzen müssen aus der Verbindung des Beweisverfahrens mit dem ersten Verfahren entstehen? Der ganze Zweck des ersten Verfahrens wird vereitelt, die Beweise werden ohne Noth vervielfältiget, unnütze Streitigkeiten veranlaßt, da man am Ende nicht weiß, ob die Vorlegung der Beweise eine Uebernahme der Beweislast ist, der große Gewinn für Beschleunigung der Rechtssachen, welcher aus der peremtorischen Kraft desBeweistermins entsteht, vereitelt, und dies alles für einen Zweck, welcher doch nicht erreicht werden kann; denn es ist, etwa den Urkunden-

beweis, wenn sie nicht abgeleugnet werden, abgerechnet, offenbar unmöglich, das erste Verfahren mit dem Beweisverfahren zu verbinden. Wie soll der Antritt des Beweises durch Beweisartikel, das Produktionsverfahren über die Zulässigkeit der Beweismittel, der Produktionstermin samt den dabey nöthigen Handlungen mit dem ersten Verfahren durch Klage, Exception, Re, und Duplik verbunden werden? Will man aber die Vollführung des Beweises vom ersten Verfahren trennen, was ist denn durch Vorlegung des Beweismittels im ersten Verfahren gewonnen?

Nur bey dem Augenschein und Kunstverständigen macht Grolman a) eine Ausnahme, und ich pflichte ihm bey, weil sie keine Beweismittel im eigentlichen Sinne sind, jedoch unter der Einschränkung, daß jeder streitender Theil erst die Antwort seines Gegners abwartet, und nur über dasjenige, was durch die verneinende Antwort als streitig unter den Parteien zu betrachten ist, sich auf Augenschein oder Kunstverständige in seinem zweyten Schriftsatze beruft.

a) §. 66. n. 3.

III.

Dieser Tadel trifft indessen nur die Gesetze, und kann nicht als ein Grund betrachtet werden, um hierdurch den Parteien die Befugniß abzusprechen, daß sie den Beweis anticipiren, da nach den Gesetzen, wie sie einmal bestehen, ihnen das Recht unstreitig zukommt *a*). Diese Anticipation kann auf eine zweyfache Weise geschehen, entweder so: daß mit den ersten Verhandlungen schon eine Art von Beweisführung verbunden wird, oder so: daß die Parteien zwar von den ersten Verhandlungen den Beweis trennen, der Beweis aber doch, ohne ein Beweisinterlocut abzuwarten, nach geendigtem ersten Verfahren anticipirt wird.

Weniger Verwirrung entsteht aus der letzten Anticipation; aber doch bringt auch sie Schaden genug hervor, da alle gesetzliche Bestimmungen über die Folgen des Beweistermins, so wohlthätig sie auch zur Abkürzung der Prozesse seyn mögen, hierdurch vereitelt werden. Alle Eigenheiten und Nachtheile des anticipirten Beweises entstehen aus dem Grundsatz: daß bey demselben kein Beweistermin vorhanden ist,

a) Leyser Spec. 258. med. 1.

und die Gesetzgebung könnte sehr leicht diese Nachtheile durch eine Verordnung entfernen, daß die Anticipation eines Beweises in ihren Wirkungen so beurtheilt werden sollte, als ob ein Beweistermin angesetzt gewesen wäre.

IV.

Nach den bestehenden Gesetzen läßt sich die Natur und das Rechtsverhältniß anticipirter Beweise auf folgende Grundsätze zurückführen:

I. Von jedem streitenden Theile muß man voraussetzen, daß er von dem ordentlichen Gange des Verfahrens nicht abweichen, und sich mit einer unnöthigen Last nicht beladen wolle. So lange daher eine Handlung, eine Erklärung noch die Auslegung verträgt, welche den ordentlichen Gang der Verhandlungen nicht stöhrt, so lange darf man auch eine Anticipation nicht als vorhanden annehmen. Daher ist die Erklärung: man sey bereit zu beweisen, oder die Anführung der Urkunden, wodurch man sein Recht darthun kann, keine Anticipation des Beweises, keine Uebernahme der Beweislast; denn alle diese Handlungen haben

den

den Vorbehalt „nöthigenfalls“ schon aus dem Geiste des gerichtlichen Verfahrens in sich, und es muß eine unzweydeutige Handlung vorhanden seyn, um daraus die Anticipation des Beweises abzuleiten. Unzweydeutig ist diese Handlung, wenn ein streitender Theil entweder ausdrücklich seine Absicht erklärt, oder wenn er solche Anträge macht, welche die Uebernahme des Beweises als Bedingung voraussetzen, z. B. wenn er mit der Anzeige seiner Beweismittel die Bitte auf diejenigen Verfügungen verbindet, welche bey dem Beweisantritt gewöhnlich, und zur Vollführung eines angetretenen Beweises nöthig sind; z. B. Beweisartikel mit der Bitte, sie zur Stellung der Fragstücke mitzutheilen; Bitten zur Ansetzung eines Termins, um die Originalurkunden vorzulegen u. d.

V.

II. Wer nach den Erfordernissen einer ausserordentlichen Prozeßart, in welcher er einen Rechtsstreit anhängig machte, Beweise mit seinen ersten Anträgen vorlegte, hat den Beweis nicht anticipirt; denn im Begriffe der Anticipation liegt die Idee der Ausnahme von der Re-

gel, es muß also die Regel als möglich gedacht werden, vom anticipirten Beweise kann ich nur da reden, wo ein auferlegter Beweis die Regel ausmacht. Hieraus folgt: daß wenn ein Rechtsstreit aus einer ausserordentlichen Prozeßart in die Bahn des ordentlichen Verfahrens zurückgebracht wird, die für eine ausserordentliche Prozeßart vorgelegten Beweise nicht als eine Anticipation des Beweises für den ordentlichen Prozeß zu betrachten, sondern hier die Beweislast und Beweisführung nach den Grundsätzen des ordentlichen Verfahrens zu beurtheilen sind; eine Bemerkung, welche in ihren Folgen bey den Fällen von großer Wichtigkeit ist, wo eine Executivklage, ein Mandatsgesuch, eine Arrestsache aus ihrer summarischen Prozeßart in den ordentlichen Prozeß übertritt.

VI.

III. Derjenige, welcher durch eine unzweydeutige Handlung den Beweis anticipirt, hat auf sein Recht, den Beweis nicht zu führen, für immer Verzicht geleistet; er hat in diesem Rechtsstreit, soweit er den Beweis antrat, für immer die Rolle des Beweisführers über sich genommen, wenn auch sonst seinem

Gegner der Beweis obgelegen wäre. Dieses erstreckt sich aber keinesweges auf Punkte, worüber der Beweis nicht anticipirt wurde, sondern im übrigen muß die Beweislast unter den Parteien nach den Rechtsgrundsätzen vom Richter durch ein Urtheil ausgetheilt werden.

VII.

IV. Ein anticipirter Beweis unterscheidet sich vom auferlegten nur darin, daß bey ihm ein Beweisinterlocut nicht vorausgieng. In der Auswahl der Beweismittel, in ihrer Verbindung, im Verfahren zur Ausführung des Beweises, in den Folgen der Beweisantretung, der wirklichen Produktion äussert sich zwischen beyden kein Unterschied, in so weit nicht die Folgen des peremtorischen Beweistermins Veränderungen am Beweise bey dem auferlegten Beweise erschweren, welche bey dem anticipirten Beweise erlaubt sind. Auch durch Eideszuschiebung kann der Beweis anticipirt werden, und der Beweisführer kann nach geschehener Zurückschiebung des Eides, hier so wenig, als bey dem auferlegten Beweise zur Gewissensvertretung zurückkehren, weil hierauf die peremtorische Kraft des Beweistermins keinen Einfluß hat. Von

selbst aber fließt aus dem angeführten Grundsatze, daß seinem Gegentheil das Recht, den Gegenbeweis zu führen, hierdurch gar nicht entzogen werden könne.

VIII.

V. Der ganze Unterschied zwischen dem anticipirten und auferlegten Beweise beruht darin, daß bey diesem ein Beweistermin mit allen seinen Folgen vorhergieng, bey jenem aber kein Beweistermin angesetzt war, folglich alle Grundsätze, welche nur aus den Eigenschaften des Beweistermins abgeleitet werden, bey Anticipationen des Beweises hinwegfallen. Man kann also die rechtlichen Verhältnisse solcher anticipirten Beweise nur dadurch richtig bestimmen, daß man die Grundsätze, für welche das Daseyn eines Beweistermins Bedingung ist, genau ausbebt, und untersucht, was diese Verschiedenheit am anticipirten Beweise für Folgen hervorbringe.

Hiebey verdient die Bemerkung vorzüglich ausgezeichnet zu werden: daß nach dem gemeinen Rechte der Beweistermin nicht ipso jure peremtorisch ist, folglich der größte Theil seiner Verordnungen bey dem anticipirten Beweise An-

wendung findet. Ich will von den wichtigern Verschiedenheiten besonders handeln.

IX.

1) Veränderungen an dem Beweise sind da, wo der Beweistermin nicht peremtorisch ist, bis zur wirklichen Produktion ohne alle Einschränkung erlaubt. Der Beweisführer kann die Beweisantretung ganz oder zum Theil aufgeben, er kann neue Zeugen vorschlagen, neue Artikel übergeben, neue Urkunden vorlegen, ein Beweismittel an die Stelle des andern setzen. Nur die peremtorische Kraft des Beweistermins beschränkt seine Freyheit dahin, daß er nach dessen Ablauf bis zur wirklichen Produktion Veränderungen zu seinem Schaden, nie aber Abänderungen zu seinem Nutzen machen, folglich von den gewählten Beweismitteln, so viel er will, aufgeben, nichts aber denselben beysetzen kann *a*). Es kann demnach gar nicht bezweifelt werden, daß der Beweisführer bis zur wirklichen Produktion alle diese Veränderungen an seinem anticipirten Beweise vorzunehmen berechtiget ist.

a) Danz §. 301. 322. Vergl. mit meinen Erörterungen Abhandl. 36. §. 2 — 4.

X.

2) Die Produktion der Beweismittel hat auch da, wo der Beweistermin nicht peremtorisch ist, die Wirkung, daß das Beweismittel beyden Theilen gemeinschaftlich, also jedem zum Vortheil und Schaden, zukommt (documenta et testes per productionem fiunt communia), vermöge dessen der Producent die vorgeführten Zeugen, oder vorgelegten Urkunden nicht mehr aufgeben, oder wider ihre Glaubwürdigkeit Einwendungen vorbringen kann a). Ganz unabhängig ist demnach dieser Grundsatz von der peremtorischen Kraft des Beweistermins, und er findet auch bey dem anticipirten Beweise volle Anwendung so, daß der Beweisführer gegen den Willen des Produkten die Zeugen oder Urkunden nicht mehr aufgeben, ihnen jedoch bis zum Beschlusse noch neue Beweise zusetzen kann.

XI.

3) Bey der Eideszuschiebung tritt die Erklärung desjenigen Theils, welchem ein Eid zugeschoben wurde, an die Stelle des Produktionstermins, und das hierdurch erlangte Recht

a) Danz §. 307. 327.

ist von den Folgen des Beweistermins unabhängig; folglich kann der Beweisführer bis zur erfolgten Erklärung seines Gegners den ganzen Beweis verändern *a*). Nach dieser Erklärung aber muß unterschieden werden, ob der Eid angenommen oder zurückgeschoben wurde. — Von der Gewissensvertretung braucht hier nichts gemeldet zu werden, da diese den Gewissensvertreter in die Stelle des Beweisführers versetzt *b*). — Im letzten Falle muß der Eid schlechthin geschworen werden, ohne daß eine Gewissensvertretung Statt findet *c*): weil dieser Satz von den zerstöhrlichen Folgen des Beweistermins unabhängig ist. Im ersten Fall aber ist nicht nur Widerruf des zugeschobenen und angenommenen Eides, sondern auch Beybringung eines neuen Beweises *d*) deswegen erlaubt, weil dieser kein peremtorischer Beweis, termin im Wege steht.

a) Danz §. 372.

b) Meine Erörterungen Seite 199.

c) L. 34. §. 7. de Iurejur. Danz §. 379.

d) L. 11. C. de Reb. credit. Malblanc. de Iurejur. §. 54. Danz §. 377. Ich untersuche diese Frage in einer unten folgenden Abhandlung.

XII.

4) Nach dem Produktionstermine bis zum Beschluß der Sache hindert den Producenten bey dem anticipirten Beweise kein peremtorischer Beweistermin an Beybringung neuer Beweise; er ist also darin nur so weit eingeschränkt, als die Gesetze hiezu andere Gründe aufstellen. Dahin gehört die Bestimmung: daß nach Eröffnung des Zeugenrotels neue Zeugen über den nämlichen Punkt nicht vorgebracht werden können a). Diese Verordnung fließt aus der gesetzlichen Besorgniß, daß falsche Zeugen unterschoben werden, ist von den Wirkungen des Beweistermins unabhängig, und findet deshalb auch bey dem anticipirten Beweise eine vollkommene Anwendung, weshalb zwar von eröfnetem Zeugenrotel der Beweisführer, den kein Beweistermin hindert, noch neue Zeugen benennen darf, aber hiezu nach dieser Eröffnung nicht mehr berechtiget ist. Weil jedoch bey Urkunden die Furcht einer Unterschiebung falscher Zeugen verschwindet, so ist es sehr begreiflich, daß nach deutlicher Verordnung der Gesetze der Producent auch nach eröfnetem Zeugenrotel einen

a) Clement. 2. de Testib. G. L. Böhmer Princ. Iur. Canon. §. 797.

neuen Beweis durch Urkunden vorbringen darf *b*), da sie durch keinen peremtorischen Beweistermin verlohren worden sind.

XIII.

5) Was für den Beweisführer selbst in Voraussetzung eines peremtorischen Beweistermins nicht verloren geht, das bleibt demselben bey anticipirtem Beweise in gleichem Grade vorbehalten. Daher kann er auch nach eröfnetem Zeugenrotel neu aufgefundene Zeugen vorbringen, oder an die Stelle seiner, vor ihrer Abhörung verstorbenen, Zeugen andere benennen, und er ist hier in der Zahl der Zeugen, so wie in Stellung der Artickel uneingeschränkt: da sogar ein Beweisführer, dem ein peremtorischer Beweistermin sonst in manchen Veränderungen und Zusätzen an Beweismitteln hindert, hierin freye Hände hat *a*).

XIV.

VI. Der Gegenbeweis ist ein Vertheidigungsmittel, welches auch bey Anticipation des

b) cap. 9. X. de fide instrum. Man sehe Quistorp Rechtliche Bemerkung. Seite 54.

a) wie ich in meinen Erörterungen S. 242. weitläufiger bewiesen habe.

Beweises nicht abgeschnitten werden darf, weshalb es keinem Zweifel ausgesetzt ist, daß auch bey anticipirtem Beweise der Gegenbeweis Statt findet. So wie aber die Rechte beyder streitenden Theile gleich sind, so steht auch dieser Gegenbeweis in der Linie derjenigen Beweisführungen, bey welchen kein Beweistermin angesetzt war, und die Folgen der peremtorischen Kraft dieses Termins fallen bey dem Gegenbeweise eben so oft hinweg, als sie bey dem Beweisführer wegen der Anticipation seines Beweises aufhören.

XV.

VIII. Nach vollführtem Beweise und Gegenbeweise müssen beyde abgewogen, und ihr Gehalt vom Richter genau geprüft werden, und auf diese Prüfung als einen Gegenstand der richterlichen Reflexion, hat der Beweistermin, also auch die Anticipation des Beweises, keinen Einfluß; denn die Anticipation betrifft nur die Art, den Beweis anzutreten, nicht den innern Werth des Beweises. Aber nach geprüftem innern Gehalte können sich verschiedene Resultate ergeben, auf welche die Kraft des Beweisterminus nicht ohne Einfluß ist; folglich

bey dem anticipirten Beweise wesentliche Verschiedenheiten begründet werden. Es ist daher nothwendig, die verschiedenen Fälle genau abzusondern.

XVI.

1) Wenn der anticipirte Beweis vollkommen, und weder durch einen direkten noch indirekten Gegenbeweis entkräftet ist, so liegt es am Tage: daß jedes weitere Beweisverfahren zwecklos seyn würde, und daß also gleich für den anticipirten Beweisführer gesprochen werden müsse.

2) Ist der anticipirte Beweis auf einen solchen Grad von Wahrscheinlichkeit gebracht worden, daß ein Erfüllungseid Statt findet, so wird, ohne einen weitern Beweis abzufordern, auf den Erfüllungseid erkannt.

3) Sollte der anticipirte Beweis, von welchem Gehalte er auch immer seyn mag, durch einen indirekten Gegenbeweis (probatio exceptionis) entkräftet seyn, so muß sogleich wider den Beweisführer erkannt werden; weil dieser Gegenbeweis das Klagerecht selbst dann entkräftete, wenn man sich auch den Zweck des

anticipirten Beweises durch seine Vollständigkeit als vollkommen erreicht denkt.

4) Ist aber der Beweis — abgesehen vom indirekten Gegenbeweise — entweder an sich oder durch das Gegengewicht des beygebrachten Gegenbeweises so unvollständig, daß auf den Erfüllungseid nicht erkannt werden kann; sondern ist entweder gar nichts, oder nur soviel, als zum Reinigungseid berechtiget, bewiesen worden, so pflegt man nach der allgemeinen Praxis auf bessern Beweis zu erkennen *a*). Hievon muß weitläufiger gehandelt werden.

XVII.

Da gewöhnlich die Parteien auch bey anticipirtem Beweise die bekannten Salvations- und Impugnationsschriften wirklich übergeben, auf allen Fall aber sie übergeben können, so ist alles vollbracht, was nach den Gesetzen im Beweisverfahren vorkommt; die Verhandlungen sind bis zum Ausspruch des Richters vorgerückt, und die Handlungen der Parteien geschlossen.

a) Stryck Diss. de probationis probatione meliori, in seinen Dissertat. Vol. 2. Diss. 16. Oesterlein Diss. de probatione meliore litigantibus caute reservanda. Altorf 1754.

Es sollten demnach alle Folgen des Aktenschlusses eintreten, und ein weiteres Vorbringen weder erlaubt, noch vom Richter veranlaßt werden, um da weniger, als die Folgen des Aktenschlusses von dem Beweistermine allenthalben unabhängig sind.

Allein die gutmüthige Praxis machte es zur Maxime, hier auf bessern Beweis zu erkennen, und sie schlug, um sie zu rechtfertigen, einen andern Weg ein. Sie geht nämlich von dem Grundsatz aus, daß ein nichtbenütztes Beweismittel nur durch die peremtorische Kraft des Beweistermins verlohren gehe. Sie konnte also bey einem mangelhaften Resultate des anticipirten Beweises nicht sogleich etwas Nachtheiliges wider den Beweisführer zulassen, da sie sichs immer als möglich dachte, daß der Beweisführer ausser dem anticipirten Beweise noch andere Mittel in Händen habe, welche zu gebrauchen er noch berechtiget sey. — An den Aktenschluß dachte also die liebe Praxis nicht, sondern sie wollte, daß zur Beybringung der übrigen Beweise, welche der Anticipant etwa in Händen hat, demselben jetzt erst ein Termin, unter der Form eines Erkenntnisses auf bessern

Beweis, angesetzt werde, wodurch denn die Sache in den Weg des Beweistermins, samt allen davon abhängenden Folgen eingeleitet wird, und von dem es eine nothwendige Folge ist, daß nur einmal auf bessern Beweis erkannt werde, indem dieses Erkenntniß den anticipirten Beweis in die Lage des auferlegten versetzt *a*).

XVIII.

Ein solches Erkenntniß auf bessern Beweis ist nur unter der Bedingung denkbar, daß der Beweis unzureichend sey, in so weit ist es ein gemischtes Interlocut, und dem Beweisführer nachtheilig. Rechtsmittel gegen dasselbe sind zulässig, und wenn der Beweisführer keines ergreift, oder gar den Schritt macht, bessern Beweis zu liefern, so wird das Interlocut, und mit ihm der Satz rechtskräftig, daß der anticipationsweise beygebrachte Beweis unzureichend sey.

Hieraus beantwortete sich die Frage von selbst, ob der bessere Beweis durch Wiederholung der anticipando vorgelegten Materialien

a) Meine Erörterungen Seite 168.

geliefert werden könne? — Wollte der Anticipant den bessern Beweis nur durch Wiederholung des vorigen Beweises herstellen, so würde ihm hier die Rechtskraft sichtbar entgegenstehen. — Bringt er aber andere Beweise vor, und er will mit ihnen auch die Gründe verbinden, welche sein anticipirter Beweis enthält, so wirkt der Grundsatz: In probatione, quae non prosunt singula, juncta juvant *a*); und es muß ihm um so mehr diese Verbindung erlaubt seyn, da im Erkenntniß auf bessern Beweis, seinem anticipirten Beweise nicht alle Kraft abgesprochen, sondern nur entschieden wurde, daß die beygebrachten Gründe für sich allein betrachtet, den erforderlichen Grad der Ueberzeugung nicht hervorbringen.

XIX.

Eingeschränkt ist jedoch diese Beybringung eines bessern Beweises darin: daß wenn der Beweis durch Zeugen geführt worden ist, ein besserer Beweis nicht auch durch Zeugen geliefert werden kann. Der Grund, warum die Gesetze nach eröfnetem Zeugenrotel keine Zeugen

a) L. 5. C. de probat. Menoch de praesumt. Lib. 1. c. 45.

weiters zulassen (neu entdeckte Zeugen, die auch eine Restitution begründeten, abgerechnet) liegt nicht in den Wirkungen des Beweistermins, sondern in dem Verzichte auf weitern Zeugenbeweis, wenn die Parteien gegen die Eröffnung des Zeugenrotels nicht protestiren, einem Verzichte, welchen die Gesetze aus Furcht, es möchten falsche Zeugen untergeschoben werden, als absolute Folge der zugelassenen Eröffnung erklären. Es kann demnach auch bey anticipirtem Beweise durch Zeugen, die Vorschläge neuer Zeugen zum bessern Beweise nicht erlaubt seyn, da aller Grund einer Abweichung von allgemeinen Grundsätzen hier hinwegfällt (§. XII.)

XXXIV.

XXXIV.

Vom Gegenbeweise, insbesondere von der Zulässigkeit eines Gegenbeweises wider einen Gegenbeweis.

I.

So verschieden die Bedeutungen des Worts Beweis sind, eben so verschieden sind auch die des Gegenbeweises. Als Gegensatz des Beweises, kann unter Gegenbeweis nur eine Handlung eines streitenden Theils, wodurch er den Beweis seines Gegners zu vernichten sucht, verstanden werden. Wenn Ueberzeugung von der Wahrheit streitiger Thatumstände der Zweck des Beweises ist, so muß der Gegenbeweis einen entgegengesetzten Zweck haben: Ueberzeugung von der Unwahrheit dessen, was sein Gegner beweisen wollte. Auch die Gründe zur Ueberzeugung von der Wahrheit dessen, wovon die Anerkennung des Rechts abhängt,

sind ein Gegenstand der wechselseitigen Rechtsvertheidigung, und im Begriffe des Gegenbeweises kann kein anderer Zweck liegen, als der: den Beweis seines Gegners zu vernichten. — Den Anspruch zerstören, und den Beweis vernichten sind himmelweit verschiedene Dinge; aber die Praxis hat sie immer verwechselt, so stark und nachdrücklich auch schon angesehene Rechtslehrer a) sich dem Strome widersetzt haben.

II.

Aus dieser Verwechslung entsprang die Eintheilung des Gegenbeweises in den direkten oder eigentlichen, und den indirekten oder uneigentlichen. Direkt wird der Gegenbeweis genannt, wenn die Unwahrheit dessen, was der Beweisführer zu beweisen suchte, seinen Gegenstand ausmacht, wenn also in

a) Ioachim Diss. de Differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremtoriarum. Lipf. 1730. Krohn (Elsässer) de probat. ac reprobat. §. 14. sagt sehr schön, daß man den Namen: uneigentlicher Gegenbeweis ganz verbannen sollte, „cum limites probationis et reprobationis confundantur et „summa imis plerumque miſceantur.“

entgegengesetzter Richtung Identität des Beweissatzes vorhanden ist. Indirekt hingegen wenn man die Absicht hat, Umstände zu beweisen, welche, die Richtigkeit der gegentheiligen Behauptungen auch vorausgesetzt, die darauf gebauten Ansprüche vernichten. Der direkte Gegenbeweis bezieht sich auf das faktische Vorbringen des Gegentheils (Behauptungen), der indirekte auf Ansprüche; beyde sind also im Gegenstand und im Zwecke so wesentlich verschieden, daß es unmöglich ist, sie als Arten (species) einer Gattung (genus) zu betrachten. Ich will zuerst die Hauptsätze vom eigentlichen Gegenbeweise vortragen, weil wir durch sie in den Stand gesetzt werden, die Wahrheit des Satzes deutlicher zu durchschauen, daß der sogenannte uneigentliche Gegenbeweis kein Gegenbeweis ist.

III.

I. Jeder Gegenbeweis setzt die Führung eines Beweises vom Gegner voraus, und kann ohne diese nicht gedacht werden; hat daher der Beweisführer seinen Beweis desert werden lassen, oder sonst aufgegeben, so wird ein Gegenbeweis als zwecklos gar nicht zugelassen.

Der Gegenbeweis kann demnach als selbstständig keinesweges gedacht werden, sondern eine Beweisführung ist immer die Bedingung seiner Existenz. Aus diesem Grunde ist es kein Gegenbeweis, wenn nach bewiesener Klage der Beweis über die Wiederklage, oder bey einem judicio duplici für dasjenige, was einer vom Beweisführer fordert, ein Beweis geführt wird, denn hier ist der Zweck des Beweises ein besonderes Recht, und die Beweisführung eine selbstständige Handlung, welche als Gegenbeweis nicht betrachtet werden kann.

IV.

II. Der Gegenbeweis ist ein Vertheidigungsmittel, welches der Richter einem streitenden Theile nicht entziehen kann, und nach der einstimmigen Meinung aller Rechtslehrer so stark von den Gesetzen begünstiget, daß seine Zulässigkeit sich von selbst versteht, und eine ausdrückliche Erklärung des Richters, worin er den Gegenbeweis vorbehält, überflüssig ist *a*). Uebrigens kommt zur Eigenschaft des Beweisführers gar nichts darauf an, ob ein streitender Theil im ersten Verfahren Kläger oder Beklag-

a) Danz §. 251. 255.

ter war. Wer bey Gericht mit Beweisen zuerst auftritt, ist Beweisführer; und Gegenbeweisführer ist derjenige, welcher den Beweis seines Gegners zu vernichten sucht.

V.

III. Daß man behauptet: der Richter könne den Gegenbeweis nicht auferlegen, sondern nur vorbehalten, ist an sich wahr, wenn man nur nach dem Standpunkt, aus welchem alle Auflagen des Richters zu betrachten sind, diesen Satz darstellt. Der Richter kann durch sein Beweisinterlocut erklären, daß die Anerkennung des streitigen Rechts vom Beweise streitiger Umstände abhänge, welcher demnach von demjenigen geliefert werden muß, dessen Recht ohne die Wahrheit der Umstände vorauszusetzen, nicht anerkannt werden kann. Niemals aber ist der Richter zu dieser Erklärung in Rücksicht des Gegenbeweises berechtiget, denn er kann den Gegenbeweis nicht zur Bedingung der Anerkennung eines streitigen Rechts machen, ob er ihn gleich als ein Vertheidigungsmittel zulassen muß.

VI.

IV. Auch der Gegenbeweis kann, wie der Beweis entweder natürlich oder künstlich

seyn; immer muß zwar in entgegengesetzter Richtung das Gegenbeweisthema mit dem Beweissatze identisch seyn, aber es kann aus den gewählten Beweismitteln entweder unmittelbar oder mittelbar durch einen Schluß hervorgehen. Sehr häufig ist hier der Gegenbeweis ab absurdo, der Beweis durch die sogenannte exceptio alibi, bey einem auf Zeit und Ort eingeschränkten Faktum a), welcher aber nicht als Beweis einer Einrede, nicht als uneigentlicher Gegenbeweis, sondern als wahrer, eigentlicher, aber künstlicher Gegenbeweis zu betrachten ist. Daher kann der Gegenbeweis geführt werden: 1) durch Vernichtung der Beweiskraft der Beweismittel seines Gegners, z. B. der Untüchtigkeit der Zeugen, oder Unächtheit der Urkunden; 2) durch Beweis des entgegengesetzten von dem Beweisthema, und dies entweder α) so, daß es unmittelbar aus den Beweismitteln hervorgeht; oder β) so, daß erst durch einen Schluß aus andern Thatsachen die Ueberzeugung entsteht.

a) Eine sehr populäre Beschreibung dieser Exceptalibi enthält die Wormser Reform. v. J 1498. Buch 1. Th. 3. Tit. 15. Man vergl. Krohn (Elsässer) a. a. O. §. 25.

VII.

V. Dem Gegenbeweisführer steht in der Regel unter den Beweismitteln freye Auswahl, wie dem Beweisführer, zu. Er kann sich sogar derjenigen Urkunden und Zeugen bedienen, welche zum Beweise gebraucht worden sind, und die Urkunden bedürfen keiner neuen Recognition; doch fordern die Praktiker eine neue Vereidigung der Zeugen *a*). Nur durch Eidesdelation kann ein eigentlicher Gegenbeweis nicht geführt werden. Denn ist der Beweis gar nicht geführt worden, so fällt die Eidesdelation als überflüssig hinweg. War der Beweis vollkommen hergestellt, so ist sie unerlaubt *b*), und bey einem unvollständigen Beweise haben schon die Gesetze bestimmt, auf welchen der Eid erkannt werden muß; der Beweisführer hat durch seine Handlung auf diese gesetzliche Rangordnung ein volles Recht, welches ihm die Eidesdelation seines Gegners nicht entziehen kann *c*).

a) Rettelbladt Anleitung zur prakt. Rechtsgel. §. 268.

b) cap. 2. X. de probat.

c) Danz §. 253.

VIII.

VI. Keinem Zweifel ist es unterworfen, daß auch der Gegenbeweis wie der Beweis selbst, vollführt werde; der Gegenbeweisführer tritt ihn an, es müssen alle Kommunicationen wie bey dem Beweise erfolgen, auch über die Zulässigkeit der Gegenbeweismittel kann ein Produktionsverfahren Statt finden, die Gegenbeweisartikel müssen zur Stellung der Fragstücke mitgetheilt werden u. s. w.: indem alle diese Dinge als Vertheidigungsmittel anzusehen sind, welche jedem der beyden streitenden Theile gleich zugestanden werden müssen.

IX.

VII. Hat der Richter für den Gegenbeweis einen Termin angesetzt, oder den Beweistermin ausdrücklich auf den Gegenbeweis ausgedehnt, so muß innerhalb dieses Termins der Gegenbeweis angetreten werden, und es versteht sich von selbst, daß alle über den Beweistermin angeführten Grundsätze auch hier eine volle Anwendung finden. Ausser diesem Fall ist hingegen der Gegenbeweis nach gemeinem Rechte an einen gewissen Termin nicht gebunden, sondern er findet so lange Statt, bis der Richter

einen Termin vorgeschrieben hat, oder in der Hauptsache von den Parteien beschlossen wurde a). Nur bey dem Beweise, welcher durch Zeugen geführt wurde, muß ein auch durch Zeugen zu führender Gegenbeweis vor Eröfnung des Zeugenrotels geführt werden, und der Gegenbeweisführer wider diese Eröfnung protestiren.

X.

VIII. Sehr zweckmäßig ist das Rechtsaxiom, reprobatio reprobationis non datur, bey dem eigentlichen Gegenbeweis, weil sonst 1) das Beweisen und Gegenbeweisen, dem Zwecke alles gerichtlichen Verfahrens zuwider, ins Unendliche gehen würde, und weil 2) da, wo beyde Theile über den nämlichen Beweissatz bereits ihre Beweise beybrachten, die Parteien hinreichend vertheidiget sind. Sobald die Gesetze einem Theile erlauben, daß er zur Vertheidigung seines Rechts eine Handlung vornehme, sobald muß er sich ganz vertheidigen, und die Gesetze müssen von dem Satze ausgehen, daß er für den ihm vorgezeichneten Zweck alle Mittel beybrachte, von denen er wollte,

a) Krohn (Elsässer) a. a. O. §. 15—19. Danz §. 275.

daß sie bey der Entscheidung zum Grunde gelegt werden sollten, was er also für sein Beweisthema anführen wollte, das mußte er bey dem Beweise vorbringen. Endlich würde 3) der Beweisführer, wenn er wider den direkten Gegenbeweis einen neuen Gegenbeweis liefern wollte, sich zum Gegenbeweisführer machen, und hierdurch den Platz ganz verrücken, auf welchem ihn die Gesetze nun einmal gestellt haben. Ein direkter Gegenbeweis läßt keinen Gegenbeweis des Beweisführers zu; doch kann bey dem anticipirten Beweise auch nach seiner Entkräftung durch einen direkten Gegenbeweis auf bessern Beweis erkannt werden, dies ist aber keine reprobatio reprobationis, sondern ein neuer Beweis des Anticipanten, wider welchen seinem Gegentheil die Führung eines Gegenbeweises erlaubt ist.

XI.

IX. Wenn Beweis und Gegenbeweis mit einander collidiren, so schwächt immer einer von beyden den andern, denn sie stehen einander in gerader Richtung entgegen, und wirken wie zwey entgegengesetzte Kräfte. Es kommt daher auf das Uebergewicht von einer Seite an, und

man unterscheidet nach Koch [a]) folgende Fälle: 1) Beyde, der Beweis uud Gegenbeweis, sind vollkommen; hier hebt einer den andern auf, und es muß wider den Beweisführer [b]) erkannt werden, wenn nicht wegen Stärke der Gründe oder anderer Begünstigungen der Beweis den Vorzug verdient. 2) Einer von beyden ist vollständig, der andere unvollständig; hier trägt derjenige, dessen Beweis vollkommen ist, den Sieg davon. 3) Beyde, sowohl der Beweis als der Gegenbeweis, sind unvollständig; — hier unterscheidet Koch noch mehrere Fälle: und zwar α) sollten beyde Beweise weniger als halbe seyn (eine nur entfernte Vermuthung erzeugen), so muß, ohne einen Eid zu fordern, wider den Beweisführer erkannt werden. β) Eben dieses findet Statt, wenn beyde Beweise sich völlig gleich sind. γ) Sollte aber der eine Beweis vor dem andern den Vorzug verdienen, so entkräftet nach Kochs Meinung, welcher auch Danz [c]) beypflichtet, der stärkere den schwächern und begründet den Erfüllungseid.

a) Diss. de eo, quod justum est circa delationem juramenti litis decisorii. Giess. 1773. §. 30-32.

b) nicht wider den Kläger, vergl. meine Jurist. Abhandl. Th. I. Seite 94.

c) §. 259.

Allein im letzten Falle hat man den wichtigen Unterschied übersehen, ob der Gegenbeweis, oder ob der Beweis stärker ist. Verdient der Gegenbeweis wegen seiner Stärke den Vorzug, so fällt es in die Begriffe, daß er den Beweis ganz destruiret, und hier ein Erfüllungseid des Gegenbeweisführers ganz überflüssig sey, da dieser Eid hinwegfällt, wenn der Gegenbeweis den Beweis aufwiegt, also doppelt unzuläßig ist, wenn er ihn überwiegt. Von einem Erfüllungseide kann demnach nur alsdenn die Rede seyn, wenn der unvollständige Beweis stärker ist, als der Gegenbeweis.

XII.

Der sogenannte uneigentliche Gegenbeweis (§. 11) hat mit dem Gegenbeweise dieses gemein, daß man dieser Beweisführung den Namen Gegenbeweis nur in dem Falle beylegte, wenn für das Recht des Gegners ein Beweis vorhergieng. Beyde scheinen also darin miteinander überein zu kommen, daß beyde Theile ihr Recht durch eine Beweisführung zu vertheidigen suchten, und daher stammt die Täuschung: daß man ihn unter die Kategorie des Gegenbeweises brachte, welches

verzeihlich wäre, wenn man sich mit einem falschen Namen begnügt hätte, welches aber niemals unschädlich oder gleichgültig seyn kann, da auf ihn wegen des Namens die Rechte des Gegenbeweises, wenn auch mit einigen Modificationen, übertragen wurden. Ich will die Grundsätze über den Beweis der Einreden a), den bisher sogenannten indirekten Gegenbeweis, im Gegensatz der im eigentlichen Gegenbeweise geltenden Grundsätze vortragen, aus welcher Entgegenstellung sich von selbst als Resultat hervordringen wird, daß er in die Linie des Gegenbeweises nicht gestellt werden könne.

XIII.

I. Nicht nur im Begriffe des direkten Gegenbeweises liegt es, daß er kein selbstständiger Beweis ist, sondern in allen übrigen Rechtsfolgen, und sichtbar wird der Grundsatz darin, daß er immer nur vorbehalten, niemals aufer-

a) Ich brauche hier den Ausdruck: Einreden, im allgemeinen Sinne, als neues Vorbringen zur Entkräftung des vom Gegentheil gemachten Vorbringens, so wie der Römer die Einreden als Klage ansah, welche durch Replikationen des Klägers, wie durch Einreden zerstört werden sollte. Vergl. meine Erörter. S. 55.

legt — nicht durch Eideszuschiebung geführt — und am Ende bey Kollisionen mit dem Beweise nur unter eine Rechnungslinie gestellt werden darf. Der uneigentliche Gegenbeweis hingegen ist an sich betrachtet ein selbstständiger Beweis, er hat nicht sowohl den Beweis seines Gegners als vielmehr die Zernichtung seines Anspruchs zum Gegenstande. Wenn man daher zwar

II. nicht läugnen kann, daß der Beweis der Einreden, als ein Vertheidigungsmittel, zugelassen werden muß, so ist doch gewiß, daß

III. dieser Beweis vom Richter auferlegt werden kann. Denn wenn das Recht des Beweisführers hergestellt, und die Einrede zur Zerstörung desselben auf bestrittene Umstände gebaut ist, so hängt das Recht des Excipienten vom Beweise dieser Einreden ab. Der Richter kann und muß demnach erklären, daß nach bewiesenem Rechte eines Theils, das Recht des Gegners nur unter der Bedingung, daß er sein zerstöhrliches Vorbringen beweiset, anerkennen könne, das heißt, der Richter kann den Beweis des zerstörlichen Vorbringens auferlegen.

IV. Der Beweis der Einreden kann als ein selbstständiger Beweis natürlich oder künstlich seyn, und in keinem der beyden Fälle wird Identität des Beweissatzes erfordert, vielmehr liegt es im Begriffe des ersten, daß er einen ganz andern Beweissatz, nämlich das zerstörliche Vorbringen zum Zwecke habe, woraus denn von selbst folgt, daß er, wie ein jeder Beweis, auf alle Art geführt werden kann.

XIV.

V. Unter allen Beweismitteln hat man bey dem Beweise seines zerstörlichen Vorbringens die Wahl. Selbst die Eidesdelation, durch welche ein eigentlicher Gegenbeweis nicht geführt werden kann, macht hier keine Ausnahme, denn der Beweis der Einreden ist ein selbstständiger, steht als gerichtliche Handlung mit der gegnerischen Beweisführung in keiner Verbindung. Man hat einen ganz neuen Beweissatz, auf welchen die Beweisführung des Gegners gar keinen Einfluß hat; sichtbar fallen demnach alle Gründe hinweg, aus welchen die Unzulässigkeit einer Eidesdelation bey eigentlicher Gegenbeweisführung oben dargethan wurde.

VI. Was blos aus der Natur eines Beweises, abgesehen von seinem Gegenstande und besondern Zwecke, fließt, das findet auch bey dem Beweise der Einrede so gut, als dem eigentlichen Gegenbeweise Statt, wohin die Kommunicationen, Stellungen der Fragstücke u. d. gehören; aber man ist dadurch nicht berechtiget, den Beweis der Einreden mit dem Gegenbeweise in den übrigen Punkten für identisch zu halten.

XV.

VII. Wenn man die von unsern Gesetzen anerkannten natürlichen Grundsätze betrachtet, aus welchen die Rangordnung im Beweise unter den streitenden Theilen bestimmt werden muß a), so überzeugt man sich bald, daß der Beweis eines Vorbringens nur bedingt nothwendig ist: wenn nämlich dasjenige Recht, welches durch dieses neue Vorbringen entkräftet werden sollte, ausser Zweifel gesetzt ist. Abhängig wird die Anerkennung des streitigen Rechts von den Einreden erst nach erprobtem Klagerechte, von den Replikationen nach bewiesenen Einreden, also

a) Oben Abhandl. XXXII, §. 17.

also kann die Nothwendigkeit ihres Beweises erst nachdem diese Bedingung erfüllt ist, eintreten. Daher kann dieser Beweis der Einreden von jedem streitenden Theile so lange verschoben werden, bis diejenigen Behauptungen bewiesen sind, welche das durch Einreden zu entkräftende Recht begründen, und früher fängt der Termin zur Antretung dieses Beweises nicht an, weil er schon nach der Natur der Sache nur bedingt ist. Es sollte demnach auch der Aktenschluß, der im Beweisverfahren erfolgte, keine Aenderung hervorbringen, da derselbe sichtbar nur für den Gegenstand der Beweisführung geschah, also auf den selbstständigen Beweis der Einreden nicht ausgedehnt werden kann.

Die mehrsten Prozeßordnungen verordnen zwar das Gegentheil, sie schränken den Beweis der Einreden auf den Termin des eigentlichen Gegenbeweises ein, und so gut ihre Absicht, Prozesse abzukürzen auch seyn mag, so übel scheint mir hier die Auswahl des Mittels gelungen zu seyn. Nicht zu gedenken, daß es immer Schaden erzeugt, wenn das Bedingte zum Un-

b) Oben Abhandl. XXXII. §. 34.

bedingten gemacht, und der Standpunkt verrückt wird, auf welchem sich nach der Natur der Sache die streitenden Theile befinden, so entsteht aus dieser Maxime in hundert Sachen eine Verwirrung, eine weitläufige, kostbare und verzögernde Beweisführung von beyden Seiten, bis in fünf Prozessen das Mittel seinem Zwecke entspricht. Der Beklagte muß, ehe er noch weiß, ob der Beweis über die Klage hergestellt wird, über alle seine Einreden alle Beweismittel der Sicherheit wegen beybringen. Das nämliche thut der Kläger in Rücksicht seiner Repliken: da ist Beweis der Klage und der Replik, Gegenbeweis, Beweis der Einreden und der Duplikationen in einander geworfen, und das Ganze wird ein Labirinth, aus welchem sich Wenige mit Ariadnens Faden herausfinden können. Schaden kann also diese Maxime viel und immer, aber niemals nützen; denn die nämliche Zahl der Zeugen muß abgehört, die Beweisführung der Einreden vollbracht, und darauf eben so viel Zeit verwendet werden, als ob die Parteien über jedes nach der natürlichen Ordnung den Beweis getrennt hätten. Wer kann es läugnen, daß durch eine solche Verordnung viele unnöthige, verwirrende Beweisfüh-

rungen entstehen? Schlimm sieht es um die Gesetzgebung aus, wenn sie zur Beschleunigung der Entscheidung nur solche Mittel kennt, die mehr durch Verwirrung und unnöthige Weitläufigkeiten schaden, als durch Erreichung ihres Zweckes nützen.

Man trenne also den Beweis der Umstände, auf welchen das Recht des Klägers beruht, vom Beweise der Einreden, diesen vom Beweise der Replikationen u. s. w., und lasse über ein jedes dieser Vorbringen erst Beweis und Gegenbeweis führen, ehe man zu dem andern schreitet. Selten wird ein Streitgegenstand so verwickelt seyn, daß alle vier Gradationen im Beweisverfahren vorkommen; und sollte dieser Fall eintreten, so kommt man auch mit Verbindung dieser Abschnitte des Beweises nicht früher zum Ziele! Und soll der Ausgang der Prozesse zweckmäßig beschleuniget werden, so ergreife man das viel bessere Mittel, welches die preussische Gerichtsordnung angezeigt hat. Nach derselben wird, wenn die Instruktion (Beweis) der Einrede kurz und mit wenigen Kosten zu bewirken, der Beweis der Klage aber verwickelt und kostbar ist, mit Beyseitsetzung der Klage zuerst der Beweis der Einrede instruirt, darüber erkannt, der Kläger ab-

gewiesen, wenn die Einrede erheblich und hinlänglich erprobt ist, und nur dann mit Instruktion des Beweises über die Klage vorgeschritten, wenn der Beweis über die Einrede nicht beygebracht worden ist *a*). Nach dieser Maxime könnte, besonders wenn durch den Status controversiae nach dem ersten Verfahren der eigentliche Streitpunkt genau festgesetzt worden ist *b*), den Parteien es freygestellt werden, diejenigen Punkte, wodurch das Vorbringen seines Gegners, wenn es auch wahr seyn sollte, als ungegründet dargestellt wird (Exceptiones, replicationes), unter dem Vorbehalt zu beweisen, daß bey mißlungenem Beweise der Gegner über diejenigen streitigen Umstände, von welchen die Anerkennung seines Rechts — abgesehen von den Einreden — abhängt, nachher den Beweis führe. Auf diese Weise könnten die heilsamen Verordnungen der preussischen Gerichtsordnung auch auf den gemeinen Prozeß übertragen werden, ob er gleich nicht auf die Untersuchungsmaxime, wie der preussische Prozeß, sondern auf die Verhandlungsmaxime berechnet ist.

a) Königl. preuß. Gerichtsordn. Th. 1. S. 212. §. 68. u. ff.

b) Mein Handb. Bd. I. Seite 293.

XVI.

VIII. Sehr irrig würde man den Beweis einer Einrede als Gegenbeweis ansehen, und auf ihn den Grundsatz anwenden: daß wider den Gegenbeweis ein weiterer Gegenbeweis nicht zugelassen werde. Es wird der Mühe lohnen, die Gründe näher auszuführen, welche die Anwendung des Axioms: reprobatio reprobationis non datur, auf den Beweis der Einrede, wenn er auch als Gegenbeweis vorgebracht worden wäre, verbieten.

1) Da die Art, wie etwas vorgebracht wird, die wesentlichen Eigenschaften nicht abändern können, so bleibt der Beweis einer Einrede, auch im Gewande eines Gegenbeweises, immer ein selbstständiger Beweis, welcher sein eigenes, vom Beweissatze des Gegners unabhängiges Beweisthema hat. So gut nun überhaupt bey einem jeden Beweise die Führung eines Gegenbeweises zu den Vertheidigungsmitteln gehört, welche keinem streitenden Theile verweigert werden dürfen; so gut ein Beweis der Einreden als selbstständiger Beweis in Rücksicht auf Eidesdelation und Kollision mit dem Beweise der Klage behandelt wird, eben so gut muß dies

in Zulassung des Gegenbeweises wider den Beweis der Einrede Statt finden.

2) Beyde streitende Theile haben gleichen Anspruch auf Rechtsvertheidigung. Denke ich mir nun einen als Beweisführer, wider welchen sein Gegner nicht nur einen eigentlichen Gegenbeweis, sondern auch Beweis der Einwendungen vorbringen darf, wie könnte die Rechtsgleichheit bestehen, wenn der Produkt zwey Mittel gegen die Vertheidigung des Producenten, und der Producent nur ein Mittel zur Vertheidigung seines Rechts hätte? Der Beweis über Einreden ist, wie der Beweis über die Klage, ein Angriff; gegen einen wie gegen den andern muß Vertheidigung erlaubt seyn.

3) Setze man den Fall, daß die Klage eines Beweises nicht bedürfte, also der Beweis solcher Einreden ohne einen vorhergehenden Beweis der Klage geführt würde, so könnte man doch die Zulässigkeit des Gegenbeweises nicht bezweifeln. Wie soll aber der zufällige Umstand eines vorhergehenden Beweises dem Kläger seine Rechtsvertheidigung bey einem Gegenstande,

worüber sich derselbe noch nicht vertheidigte, abschneiden?

4) Auch ist es nothwendig, auf den Beweis der Einrede jenen beym Gegenbeweise aufgestellten Grundsatz nicht zu übertragen, da sonst die Vertheidigung abgeschnitten und ein streitender Theil das Opfer übel verstandener Grundsätze und eines schlauen Gegners würde. Wie oft würde der Beklagte seine Einreden nur allgemein angeben, die nähern Umstände derselben in Form des Gegenbeweises vorbringen, und mit dem größten Unrecht siegen, wenn der Kläger dieses falsche Vorbringen durch Beweise des Gegentheils nicht entkräften dürfte!

5) Dringt man in die Absicht, welche die Gesetze in Aufstellung des Axioms: reprobatio reprobationis non datur, hegten, so wirkt diese offenbar auf den indirekten Gegenbeweis nicht. Einmal kann hier das Verfahren nicht ins Unendliche gehen, weil es mit dem Beweise der Duplikationen sein Ende erreichen muß. Zweytens kann nicht behauptet werden, daß der Beweisführer schon bey seinem Beweise auch für den Zweck des uneigentlichen Gegenbeweises sich

vertheidigt habe, da dieser ein ganz anderes Beweisthema hat.

6) Selbst wenn man Beschleunigung des Ausgangs der Prozesse zum Anrathungsgrunde für den Gesetzgeber anführen will, gewinnt meine Meinung ein stärkeres Gewicht. Denn bey entgegengesetzten Grundsätzen würden und müßten beyde Theile, um nicht das Opfer eines falschen Grundsatzes zu werden, auf jeden möglichen Fall ihre Beweisführungen auch auf alle Gegenbeweise, wider alle erdenkliche Beweise der Einreden ausdehnen, wodurch nicht nur die Beweisführungen eine unnöthige Weitläufigkeit erhalten, und viele Fälle eintreten würden, wo die Parteien gegen einen Schatten kämpften, sondern auch die Parteien öfters auffer Stand wären, ihren Gegenbeweis wider den Beweis der Einreden zweckmäßig zu führen, da sie den Gegenstand und die Mittel bey einem solchen Beweise noch nicht kennen.

XVII.

IX. Anstatt daß bey dem eigentlichen Gegenbeweise derselbe mit dem Beweise in eine Berechnung gesetzt wird, und nur ein Gegen-

stand der Prüfung, nämlich die Wahrheit des vom Beweisführer ausgehobenen Beweissatzes vorhanden ist, müssen im sogenannten uneigentlichen Gegenbeweise, Beweis der Klage und Beweis der Einrede, getrennt, beyde als selbstständige Beweise betrachtet, abgewogen, und nach diesem Grundsatz die Rechtsverhältnisse in Kollisionsfällen beyder Beweise bestimmt werden. Bey dem direkten Gegenbeweise kommt es zunächst nur auf den Beweis an, und der Gegenbeweis wird eigentlich vom Beweise nur subtrahirt. Bey dem sogenannten uneigentlichen Gegenbeweise hingegen wird nichts subtrahirt, die Umstände der Klage können wahr, und dennoch die Klage durch die vorgebrachten Einreden entkräftet seyn, der Beweis der Einrede wird für sich bestehend beurtheilt, und sein Einfluß auf die Hauptsache nach dem Gewichte, welches die Einrede auf Zerstörung des gegentheiligen Anspruchs hat, bestimmt. Daher kommt es zunächst darauf an: ob A) der Beweis der Einrede (reprobatio indirecta) vollständig ist, oder nicht. Im ersten Fall wird für denjenigen gesprochen, welcher den vollständigen Beweis der Einrede beybrachte, ohne zu unterscheiden, ob der Beweis der Klage auch

vollständig, ob er stärker ist, als der Beweis der Einrede; denn dieser hebt nicht den Beweis der Klage als Beweis, sondern die Einrede zerstört das Klagerecht, man darf also ihre gegenseitige Kraft nicht als Beweis gegen Beweis, sondern als gegründete Einrede gegen eine bewiesene Klage abmessen, und aus diesem Standpunkt wird es sichtbar, daß es auf das Uebergewicht des Beweises bey einer vollkommen bewiesenen Einrede gar nicht ankommt. Im zweyten Fall hat man nun darauf zu sehen, ob der Beweis der Klage vollständig, oder ob auch dieser nur unvollständig ist. Wurde B) die Klage vollständig, die Einrede unvollständig bewiesen, so kann in Ansehung der ersten kein nothwendiger Eid mehr Statt finden, nur in Rücksicht der letzten muß durch einen nothwendigen Eid der Beweis der Einrede zur juristischen Gewißheit erhoben werden, wobey derselbe als selbstständig und so behandelt wird, als ob nach zugestandener Klage schon im Anfang des Beweisverfahrens alles nur auf dem Beweis der Einrede beruhet hätte. Sind aber C) beyde Beweise, sowohl über die Klage als über die Einreden unvollständig, so prüft der Richter jeden besonders, und

erkennt jedem Theile den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu, als ob nur sein Beweis allein zu beurtheilen wäre. Nur erzeugt die Betrachtung, daß man unnöthige Eidesleistungen zu vermeiden sucht, im Gebrauche dieses Grundsatzes einige Modificationen, welche näher betrachtet zu werden verdienen a).

XVIII.

Man muß, um hier ins Reine zu kommen, die verschiedenen denkbaren Fälle absondern. 1) Wo der Beweis der Einrede so stark ist, daß er einen Erfüllungseid begründet, da kommt es, wenn der Eid geleistet wird, auf den Beweis der Klage allenthalben nicht an; es ist demnach sehr zweckmäßig, daß zuerst durch den Erfüllungseid der Versuch gemacht wird, den Beweis über die Einrede auf den Grad von juristischer Gewißheit zu erhöhen. 2) Weil hingegen da, wo die Klage an sich ungegründet ist, ihre Zerstörung durch Einreden, also auch

a) Ich wiederhole hier die schon oben §. XII. gemachte Bemerkung, daß ich die Ausdrücke Klage und Einrede im Allgemeinen, auf das neue Vorbringen beyder Theile, passenden Sinne bis zum Schlusse dieser Abhandlung brauche.

der Beweis dieser Einreden als unnöthig hinwegfällt, so ist nichts natürlicher, als den Beweis der Klage zuerst durch den Reinigungseid hinwegzuräumen, wenn dieser wegen seiner Unvollständigkeit einen Reinigungseid begründet. 3) Sollte der Beweis der Klage einem Erfüllungseide, und der Beweis der Einrede einem Reinigungseide Platz geben, beyde Eide also in einer Person des Beweisführers vereint seyn, so müssen dieser Partei beyde Eide zugleich auferlegt und von ihr geleistet werden, denn mit dem ersten erhöht sie ihren Beweis der Klage, und mit dem letzten entfernt sie die Einrede ihres Gegners, und beydes muß zugleich geleistet werden, da ohne beyde Stücke das Recht des Klägers nicht anerkannt werden kann. In so weit bin ich mit Koch ganz einverstanden a), und ich will diese Sätze durch ein von ihm angeführtes Beyspiel anschaulicher machen.

Man nehme eine Klage aus einem in Abrede gestellten Darlehen, welchem der Beklagte die vom Kläger abgeläugnete Einrede der Zahlung entgegensetzte. — Hier können folgende

a) De eo, quod justum est circa delationem Iuramenti litis decisorii, Giss. 1773. §. 28.

Fälle nach vollführtem Beweisverfahren eintre-ten. A) Die Einrede der Zahlung ist vollstän-dig bewiesen, so ist durch diese Einrede das Klagerecht selbst zerstört, wie auch immer der Beweis des Anlehens beschaffen war. B) Ist das Anlehen vollkommen, und die Einrede der Zahlung nur unvollkommen bewiesen, so muß nach dem Grade der für Zahlung streitenden Vermuthung nur darüber auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden. C) Strei-ten aber für Anlehen und Zahlung nur unvoll-ständige Beweise, so würde 1) vom Daseyn des Anlehens vergebens gesprochen werden, wenn die Zahlung durch einen begründeten Er-füllungseid auffer Zweifel gesetzt ist. 2) Um-gekehrt wäre der Beweis über die Zahlung sehr überflüssig, wenn das Anlehen durch den Rei-nigungseid als nicht vorhanden erprobt wird. Endlich 3) ist das Recht des Klägers durch einen Erfüllungseid über das Anlehen noch nicht auffer Zweifel, wenn er nicht zugleich die Einrede durch einen Reinigungseid entfernt. Dieses ist so plan, daß es keiner weitern Aus-führung bedarf.

XIX.

Aber sehr leicht könnte die Maxime von Sparsamkeit bey Eiden großes Unrecht veranlassen, wenn nicht eine wichtige Lücke, welche Koch über diesen Gegenstand gelassen hat, ergänzt würde; eine Lücke, welche schon Danz a) fühlte, ohne sie aber durch Grundsätze vollständig auszufüllen. Es ist nämlich der Fall denkbar, daß derjenige, welcher den sogenannten uneigentlichen Gegenbeweis führte, den ihm zuerkannten Eid verweigert, sollen hier sogleich die Folgen des verweigerten Eides eintreten?

Eine Eidesverweigerung wirkt immer nur als Eingeständniß des Gegentheils von demjenigen, was der verweigernde beschwören sollte; folglich kann sie nur dann den Verlust eines Prozesses nach sich ziehen, wenn durch dieses Bekenntniß alles, wovon der Rechtsstreit abhängt, bewiesen, und das Recht des Gegentheils ganz hergestellt ist. Bestand die Vertheidigung nur in Abläugnung der Klage ohne Einrede, oder bey eingestandener Klage nur in einer Einrede, und der Beklagte, welcher in einem oder dem andern Falle schwören sollte, verweigert den

a) §. 258. Not. c.

Eid, gesteht also die Klage zu, oder giebt die Einrede auf, so muß gegen ihn ein Verdammungsurtheil erfolgen, denn seine Eidesverweigerung erschöpft alles, wovon die Anerkennung des streitigen Rechts abhieng.

Subsumiren wir hingegen unter diesen Grundsatz den von mir aufgestellten Fall: daß die Klage und die Einrede nur unvollständig bewiesen, der Eid nur über eines von beyden dem Beklagten auferlegt war, und dieser den Eid verweigerte! Das Recht des Klägers ist in diesem Fall von zwey Stücken abhängig: erstens von der Wahrheit seiner Klage, zweytens vom Ungrund der ihm entgegengesetzten Einreden. Wenn nun der Beklagte über seine Einrede den Erfüllungseid nicht schwören will, wenn er hierdurch die Einrede aufgiebt, oder wenn er durch seine Eidesverweigerung im zweyten Falle die Klage einräumt, so hat er hier seine Einrede so wenig aufgegeben, als dort die Klage zugestanden, so ist zwar ein Punkt von den Zweyen, wovon das Recht des Klägers abhieng, aber nicht auch der andere auser Zweifel gesetzt, es mangelt noch immer an einer Bedingung, ohne welche der Richter das Recht ei-

nes streitenden Theils nicht anerkennen kann. Wenn man das Unnöthige sparen will, so darf man dabey das Nothwendige nicht vernachläßigen; da nun der Beklagte den Beweis der Klage zu fordern berechtiget ist, sollte er auch seine Einrede aufgeben, und da er seine Einrede nicht verliert, wenn er auch die Klage ohne Beweis für wahr annimmt, so muß der Grundsatz von Sparsamkeit mit dem Rechte eines jeden streitenden Theils in Vereinigung gebracht werden, welches nur durch eine Sonderung der verschiedenen hier denkbaren Fälle geschehen kann.

XX.

1) Der Beweis über die Klage und der über die Einrede, begründen für jeden Beweisführer den Erfüllungseid. — Hier müßte nach dem Grundsatz: actore non probante reus absolvitur, zuerst der Kläger durch den Erfüllungseid seine Klage, und nach ihm der Beklagte eben dadurch seine Einrede auſſer Zweifel setzen. Weil aber der Eid des Klägers unnütz ist, wenn der Beklagte seinen Erfüllungseid schwört, so mag nach der Ersparungsmaxime zuerst der Beklagte zum Erfüllungseide zugelas-

sen

sen werden. Damit aber die Sparsamkeit nicht in Rechtsverletzung ausartet, muß der Richter auf den Fall, daß dieser Eid vom Beklagten verweigert würde, dem Kläger den Erfüllungseid über seine Klage auflegen, weil zur Verurtheilung eines Beklagten, welcher sich durch Ableugnung des Anlehens und durch die Einrede der Zahlung vertheidigte, doch offenbar juristische Gewißheit über beyde Punkte nothwendig ist, welche er im gegebenen Falle, nach verweigertem Eide über die Einrede, nur durch den Eid über die Klage erhält. Das Urtheil muß hier zuerst dem Beklagten den Erfüllungseid über seine Einrede auflegen, aber auf den Fall seiner Verweigerung, also eventuell, dem Kläger den Erfüllungseid über seine Klage auftragen. 2) Der Beweis der Klage begründet den Reinigungseid, über die Einrede hat der Erfüllungseid Statt, beyde Eide coincidiren im Beklagten — hier wird die Klage entkräftet, wenn der Beklagte auch nur einen von beyden Eiden schwört; also muß der Richter dem Beklagten alternativ den Reinigungseid über das Anlehen oder den Erfüllungseid über die Zahlung auflegen a). 3) Jeder von beyden begründet

a) Danz §. 258. Not. c.

nur den Reinigungseid; — hier wirkt die natürliche Rangordnung im Beweise, daß zuerst über die Klage auf den Reinigungseid erkannt werde; weil aber seine Verweigerung die Zweifel über die Einrede noch nicht hebt, so muß eventuell dem Kläger über diese Einrede der Reinigungseid auferlegt werden. 4) Der Beweis über die Klage ist zum Erfüllungseid, jener über die Einrede zum Reinigungseid qualificirt. — Hier werden dem Kläger beyde Eide copulativ zuerkannt, damit er durch den ersten den Beweis seiner Klage zur juristischen Gewißheit erhebe, und durch den letzten diejenige nicht dringende Vermuthung entferne, welche der Einrede seines Gegners zur Seite standen.

XXXV.

Von Augenschein und Kunstverständigen.

L.

Nicht als Mittel, die Wahrheit eines Umstandes zu beweisen, aber doch als Mittel die Wahrheit zu erkennen, kommen Augenschein und Kunstverständige im Prozesse sehr häufig vor. Sie werden von den Schriftstellern bald als besondere Gegenstände besonders *a*) behandelt, bald aus einem Grundsatze abgeleitet *b*); und mit vielem Scheine läßt sich die letzte Darstellungsart rechtfertigen. Wo die Ueberzeugung von den Verhältnissen einer Streitsache aus der Anschauung einer Sache selbst

a) Dies thun Claproth und Danz.

b) Grolman §. 84. Vereint, aber mit einer zu großen Weitschweifigkeit hat hievon gehandelt: Mayer Diff. I. et II. de singularibus probationis per inspectionem ocularem magis determinatis. Erlang 1770. 4.

hervorgeht, da ist es wohl die erste Pflicht des Richters, sich dieses Mittels seiner Ueberzeugung zu bedienen; nur muß er bey Gegenständen, welche eine besondere Kunst oder Wissenschaft voraussetzen, seine Augen durch solche Personen waffnen, welche diese Kenntnisse besitzen: d. h., er muß Kunstverständige beyziehen. Allein bey genauerem Nachforschen ruhen Augenschein und Kunstverständige doch nicht ganz auf einem Grunde; beyde haben nicht ganz den nämlichen Zweck.

Augenschein soll nichts als die Merkmale eines Streitgegenstandes aus ihm selbst darstellen; das Resultat desselben muß mit den Merkmalen verglichen werden, welche die Partesen in den Verhandlungen zur Begründung ihres Rechts vorgebracht haben; der unmittelbare Zweck des Augenscheins ist also nicht Beurtheilung, nicht Reflexion, sondern nur Erkennung und Beschreibung der am Streitgegenstande wahrzunehmenden Merkmale. — Kunstverständige hingegen können eine zweyfache Bestimmung haben: einmal können sie bey dem Augenschein als Mittelspersonen vorkommen, durch welche eigentlich der Richter die Merkmale

des Streitgegenstandes erkennt; das anderemal können sie als Subjekte vorkommen, welche über den Gegenstand eines Streits urtheilen, so weit das Faktum nur durch die Anwendung von Regeln einer besondern Kunst beurtheilt werden kann. — Es sind verschiedene Zwecke, deren Verschiedenheit auch am rechtlichen Verhältnisse der Mittel grosse Veränderungen hervorbringt; ich muß daher diese Verschiedenheit durch ein Beyspiel anschaulich machen.

II.

Setze man: der peinliche Richter, mit welchem der bürgerliche bey dieser Rücksicht in einerley Verhältniß steht, enthält Anzeigen von dem gewaltsamen Tode eines Menschen. Er verfügt sich an den Ort, wo der Entleibte liegt, nimmt alle Umstände, unter welchen er den Entleibten antrifft, das Zimmer, die vorgefundenen Instrumente, Spuren der Gewaltthätigkeit u. s. w. in Augenschein. Hier kommt es immer noch auf Wahrnehmungen an, zu welchen die Sinne jedes Menschen, auch ohne Voraussetzung einer besondern Kunst genügen, hier ist es noch Augenschein ohne Kunstverständige. — Aber nun kommt die Reihe an

die Verletzungen des todten Körpers, sie sollen nach den am Objekte selbst sichtbaren Merkmalen erkannt werden, man secirt den Körper, jede Wunde wird nach ihrem Platze, Größe, Tiefe, u. s. w. beschrieben. Hiezu werden besondere Kenntnisse erfordert, der Richter muß also Kunstverständige beyziehen; aber die Handlung, welche vorgeht, ist immer noch Augenschein, die Kunstverständige haben nur noch wahrzunehmen, nicht zu urtheilen, nichts zu thun, was Sache der Reflexion ist: es ist Augenschein mit Kunstverständigen. — Nun muß aber beurtheilt werden, ob die Wunde tödlich sey oder nicht. Hier gilt es nicht mehr bloßen Wahrnehmungen, sondern es ist die Rede von Reflexionen, die Wunden bey einem gegebenen Falle müssen unter die allgemeinen Grundsätze von Wunden subsumirt, und hierdurch das passende Prädicat von ihnen ausgesprochen werden: und dies ist Handlung der Kunstverständigen ohne Augenschein, — Beurtheilung durch Kunstverständige.

III.

Dieses Beyspiel führt uns von selbst auf die verschiedenen Zwecke und die hieraus fließen-

den verschiedenen Rechtsverhältnisse bey dem Augenschein und bey Kunstverständigen. Augenschein ist immer nur Sache der Wahrnehmung, und alles, was zur Reflexion gehört, liegt ausser dem Kreise des Augenscheins, selbst da, wo in einer mit besondern Künsten verbundenen Sache, Beyziehung der Kunstverständigen nothwendig ist. Hingegen müssen Kunstverständige, wenn von Beurtheilung eines Gegenstandes nach Kunstregeln die Rede ist, als Gehülfen der richterlichen Reflexion nach den Grundsätzen abgemessen werden, welche über die Reflexion des Richters gelten. Viel zu groß ist der Unterschied zwischen Wahrnehmung und Beurtheilung, als daß man alles dieses aus einem Grunde ableiten könnte; es soll also von beyden besonders gehandelt werden.

IV.

Vom Augenschein.

Augenschein nenne ich die Handlung des Richters, bey welcher derselbe die streitigen Merkmale einer Sache aus der Sache selbst wahrzunehmen sucht. Sobald ein Rechtsstreit anhängig ist, sobald ist der Gegenstand des Streits im Rechtssinne der richterlichen Prü-

fung schon vorgelegt. Streiten also die Parteien über die Merkmale einer Sache, so bedarf es gar keiner andern Handlung, als daß der Richter die Merkmale an der Sache selbst wahrnimmt, damit er die aus dem Gegenstande selbst hervorgegangenen Merkmale mit denjenigen vergleiche, welche die Parteien in ihren Verhandlungen behaupteten, und sich hierdurch in den Stand setze, die Sache zu beurtheilen. Diese Wahrnehmung ist Augenschein, verschieden von der Beurtheilung, wie Mittel vom Zwecke; und nichts gehört zum Augenschein, was Handlung des reflectirenden Richters ist.

Der Augenschein kann nur als Handlung des wahrnehmenden Richters gedacht werden, er ist niemals Handlung der Parteien, also kein Beweismittel im eigentlichen Sinne *a*). Er findet Statt, wo immer die Merkmale aus dem Gegenstande des Streits selbst erkannt werden, also ist es auch Augenschein, wenn der Richter die ihm vorgelegten Urkunden, über deren Aechtheit gestritten wird, einsieht; allein die Praxis denkt sich den Augenschein zunächst da, wo sich die Sache ausser dem Kreise der Akten befindet, ohne daß darum der erste Fall ausser dem Ge-

a) Siehe oben Abhandl. XXXII. §. 20.

biete des Augenscheins in Rücksicht der anzuwendenden Rechtsgrundsätze läge. — Folgende Sätze werden das Wesentliche vom Augenschein erschöpfen.

V.

I. Augenschein ist immer eine Handlung des wahrnehmenden Richters; daher ist der Augenschein immer nur vom Richter vorzunehmen, und sehr irrig haben einige den Richter bey einem unter Beyziehung der Kunstverständigen vorzunehmenden Augenschein für überflüssig, oder als einen Zeugen erklären wollen *a*). Selbst die peinliche Gerichtsordnung *b*) verordnet sehr weise, daß der Richter den todten Körper mit Fleis besichtigen solle. Nicht nur allein da, wo der Richter den Augenschein ohne Kunstverständige vornimmt, ist der Augenschein eine Handlung des Richters, sondern er behält auch diese Eigenschaft da, wo Kunstverständige zum Augenschein beygezogen werden; weshalb der Richter auch in diesem Falle, nebst der Direktion des ganzen Geschäftes, vermöge deren er das Protokoll über den Augenschein führen,

a) Man sehe Mayers angef. Dissert. I. §. 22 bis 24.

b) C. C. C. Art. 149.

und die durch Kunstverständige erkannten Merkmale aufzeichnen muß, noch besonders die Verbindlichkeit hat, die Wahrnehmungen der Kunstverständigen durch eigene Aufmerksamkeit zu controlliren.

VI.

II. Seiner Natur nach findet der Augenschein in allen Fällen Statt, wo die streitigen Merkmale einer Sache am besten an derselben selbst erkannt werden können; sey es nun, daß es aus Nothwendigkeit oder zur bessern Aufklärung des Richters geschehe. Keine Art von Rechtsstreitigkeiten ist ausgenommen, und manche Prozesse, z. B. Gränz- und Baustreitigkeiten können gar nicht füglich ohne vorhergehenden Augenschein entschieden werden.

III. Als eine gerichtliche Handlung, als Mittel die Wahrheit zu erkennen, ist der Augenschein bedingt durch seinen Zweck, die Entscheidung eines Rechtsstreits. Da nun dasjenige, was die Parteien sich wechselseitig zugestehen, vom Richter als unstreitig betrachtet werden muß, so kann der Regel nach zum Augenschein nur dann geschritten werden, wenn durch Ver-

nehmung beyder Theile ausgemittelt ist, was sie unter sich als streitig oder unstreitig betrachsten. Nur alsdenn findet eine Ausnahme Statt, wenn die Merkmale der Sache durch den Verlauf einiger Zeit verlöschen würden, wobey die auf Verzug haftende Gefahr einen Beweis zum ewigen Gedächtniß, also eine frühere Einnehmung des Augenscheins begründet.

VII.

IV. Der Augenschein hat zwar zur Absicht, daß sich der Richter von der Wahrheit streitiger Merkmale durch Wahrnehmung überzeuge; allein da im ganzen gerichtlichen Verfahren nichts den Schein einer Privatwissenschaft des Richters haben darf, sondern da alle Merkmale, welche der Richter seiner Entscheidung zum Grunde legen will, in den Akten enthalten seyn müssen *a*), so ist es nothwendig, daß der Richter bey Einnehmung des Augenscheins alle am Streitgegenstande wahrgenommenen Merkmale genau beschreibe, wenn geometrische Grundrisse zu den Akten gebracht wurden, diese mit der Sache selbst vergleiche, kurz alles so genau und topographisch in seine Akten eintrage, daß jeder,

a) Mein Handb. Bd. I. S. 396.

der die Akten hat, im Stande ist, die Sache zu beurtheilen. Man würde sich sonst nicht nur gegen den Satz: quod non est in actis, non est in mundo, versündigen, sondern auch behaupten müssen, daß jede Veränderung an der Person des Richters einen neuen Augenschein fordere, eine Behauptung, welche unnöthige Kostenvermehrung und Verzögerung der Prozesse zur unvermeidlichen Folge hätte.

VIII.

V. Wahrnehmung der Merkmale am Streitgegenstande ist die nächste Absicht bey Einnehmung des Augenscheins, er selbst aber nur Mittel zur Entscheidung des Streits; folglich beschäftigen hiebey den Richter nur diejenigen Merkmale, welche auf die Entscheidung des vorliegenden Streites einen Einfluß haben.

VI. Diese Wahrnehmung muß so geschehen, daß sie ihrem Zwecke entsprechen kann. So oft demnach nur durch besondere Kenntniße einer Kunst oder Wissenschaft die Merkmale deutlich wahrgenommen werden können, so oft ist die Beyziehung der Kunstverständigen zum Augenschein nothwendig. Selbst da darf hievon keine

Ausnahme gemacht werden, wo etwa ausserordentlicher Weise der Richter selbst die zur Beurtheilung eines Kunstgegenstandes nöthige Kenntniß besitzen sollte, weil Gesetze nach ungewöhnlichen Eigenschaften eines Subjekts nicht gegeben werden *a*).

IX.

VII. Die Ueberzeugung von den Merkmalen eines Streitgegenstandes geht aus der Sache selbst durch ihre Wahrnehmung hervor, und man kann nicht läugnen, daß diese Ueberzeugung weniger vom förmlichen Rechte *a*) in sich hat; darum legen ihr auch die Praktiker einen großen Vorzug in Rücksicht ihrer Stärke bey, sie nennen sie oculata fides *b*), ocularis notorietas, probatio validissima atque liquidissima, omnium firmissima, efficacissima ac veracissima *c*), und wir werden bey der Lehre vom Vorzug der Beweise die Folgen dieses Sa-

a) Glück Erläuter. der Pandekt. (IIte Ausg.) Th. 1. S. 256. Meine Erörter. S. 89.

a) Oben Abhandl. XXXII. §. 7. N. 4.

b) Vinnius ad §. 9. I. de grad. cog.

c) Man sehe darüber Mayers angef. Dissert. I. §. 20,

tzes sehen, wenn es auch nicht nothwendig ist, den Vorzug durch diese Anzahl glänzender Beywörter auszudrücken.

VIII. Aber sehr unrichtig leiten manche Schriftsteller aus dieser Evidenz den Satz ab: daß der Augenschein an keinen Beweistermin gebunden, sondern in jedem Theile eines Prozesses, sogar noch in der Execution zuläßig sey; denn diese Evidenz steht mit der juristischen Gewißheit in einer Linie, sie hat also mit derselben alle Prädicate gemein. Bindender ist es, wenn man den Beweis für den Satz: der Augenschein sey an keinen Beweistermin gebunden, dadurch führt, daß er kein Beweismittel im eigentlichen Sinne sey, wie schon oben bemerkt wurde d). Mit der Anhängigkeit eines Streits ist nämlich der Gegenstand desselben schon ohne weitere Handlung der Parteien zur richterlichen Wahrnehmung und Beurtheilung vorgelegt; streiten demnach die Parteien über die Merkmale des Gegenstandes, welche durch Wahrnehmung an demselben selbst vom Richter erkannt werden können, so ist der Richter verbunden, den Augenschein vorzunehmen, ohne dazu eine Auffor-

d) Abhandl. XXXII. §. 20.

derung der Parteien abzuwarten; und er kann nicht sagen, daß er nach vorausgegangener hinreichender Prüfung geurtheilt habe, wenn er, ohne den Augenschein einzunehmen, das Urtheil fällte; er muß sichs gefallen lassen, daß eine Partei in jedem Theil des Prozesses, selbst nach dem Urtheil den Augenschein fordere, und den Richter an dasjenige erinnere, was er ohnehin vor dem Urtheil hätte vornehmen sollen.

X.

IX. Gar bald wird man aus dem richtigen, oben (§. 5.) aufgestellten Standpunkte auch zu dem Satze geführt: daß der Richter in jedem Theile eines Rechtsstreits, auch von Amtswegen einen Augenschein verfügen kann; sobald er nur einmal aus den Verhandlungen der Parteien weiß, welche Merkmale unter ihnen streitig sind, und sobald ihn die Beschaffenheit des Rechtsstreits dahin führt, daß er zur Ueberzeugung von der Wahrheit keiner neuen äussern Gründe durch Verhandlungen der Parteien, also keines Beweises, sondern nur einer Wahrnehmung der Merkmale an der streitigen Sache selbst, nur eines Augenscheins be-

darf. Sehr richtig weißt daher Grolman a) dem Augenschein seinen Platz im gerichtlichen Verfahren vor dem Beweisinterlocute an, weil sonst eine förmliche Beweisführung nur unnütze Weitläufigkeiten veranlassen würde.

XI.

X. Der Augenschein wird von den Praktikern zu den schleunigen Beweismitteln einstimmig gezählt. Ist er auch kein wahres Beweismittel, so kann man doch nicht läugnen, daß die Wahrheit einer Behauptung durch äussere Gründe (Beweismittel) nicht schleuniger dargethan werden kann, als wenn sie durch Anschauung des Streitgegenstandes unmittelbar erkannt wird. Man kann also behaupten: daß in allen Fällen, wo sonst schleuniger Beweis erfordert wird, die Berufung auf den Augenschein schleunige Beweise darum überflüssig mache, weil durch Anschauung der Merkmale am streitigen Gegenstande selbst die Ueberzeugung ohne Umschweife hervorgeht.

Eben darum aber behaupte ich auch, daß die in Kunstsachen nothwendige Beyziehung der Kunst-

a) a. a. O. §. 187.

Kunstverständigen kein Grund zu einer Ausnahme sey, und wenn ich sonst der Meinung des Hrn. Danz *a*) beypflichtete, daß der Augenschein mit Kunstverständigen an die Stelle liquider Beweise nicht gestellt werden könne *b*), so nehme ich hiemit diese Meinung zurück, und rechtfertige den hier aufgestellten Satz. Auch da, wo Kunstverständige zu dem Augenschein beygezogen werden, ist die Handlung immer noch Augenschein; sie muß also die demselben anklebende Eigenschaften behalten, da es nur eine zufällige Art ist, den Augenschein in Kunstsachen durch Kunstverständige einzunehmen, und Kunstverständige nur das Mittel sind, wodurch der Richter seine Augen bewaffnet, welchen die Gesetze den nämlichen Grad von Schärfe nicht zutrauen. Ich weiß zwar wohl, daß mit Vorschlagung und Vereidung der Kunstverständigen immer einiger Verzug verbunden ist, allein ich kann ihn nicht hoch genug anschlagen, um die rechtlichen Wirkungen des Augenscheins durch ihn vertilgt zu erklären. Ist

a) Ordentl. Prozeß §. 187. n. 5. mit den dort selbst angeführten Schriftstellern.

b) Mein Handb. B. I. S. 189.

Ist doch auch mit Ausführung des Urkundenbeweises einiger Verzug verbunden, findet doch auch da ein Produktionsverfahren Statt, ohne daß dieses Beweismittel aus der Reihe schleuniger Beweismittel ausgestrichen werden könnte; selbst im Produktionsverfahren ist man bey Kunstverständigen kürzer als bey Zeugen, weil man leicht andere Kunstverständige benennen kann, aber die Auffindung anderer Zeugen öfters unmöglich ist.

XII.

XI. Besteht auch der Augenschein nur in der Wahrnehmung des Richters, so hat doch diese richterliche Handlung die Entscheidung des Rechtsstreits zum Zwecke; die Rechte der streitenden Theile sind demnach wesentlich darin verflochten. Der Richter ist zwar verbunden, auch unaufgefordert ihn vorzunehmen; da aber die Parteien befugt sind, den Richter an die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu erinnnern, so kann man ihnen auch das Recht nicht absprechen, dieses durch eine Bitte um Einnehmung des Augenscheins zu thun. Aber selbst hier zeigen sich die wichtigen Folgen des oben aufgestellten Satzes: daß der Augenschein kein Beweismittel im ei-

gentlichen Sinne sey: indem man niemals diese Bitte um Einnehmung des Augenscheins, diese Erinnerung an dasjenige, was auch ohne Handlung einer Partei das Amt eines Richters fordert, für einen anticipirten Beweis halten darf.

§ XIII.

XII. Eben dieses, daß die Rechte der streitenden Theile mit Einnehmung des Augenscheins innig verbunden sind, und der Satz, daß alle Theile des gerichtlichen Verfahrens darauf gerichtet seyn müssen, den Parteien die Vertheidigung ihrer Rechte bey jedem Schritte möglich zu machen a), beweißt: daß sie bey Bestimmung der Augenscheinspunkte, bey Einnehmung des Augenscheins, bey Aufzeichnung der Merkmale, welche der Richter am Streitgegenstande wahrgenommen haben will; oder welche er etwa übersehen wollte, nicht ohne Einwirkung seyn können, ihnen vielmehr das Recht zusteht, auch in allen diesen Punkten dasjenige vorzubringen, was sie zu ihrer Rechtsvertheidigung für zweckdienlich halten.

a) Mein Handb. Bd. I. Abhandl. VI.

XIV.

XIII. Nach diesen Grundsätzen muß das ganze Verfahren bey Einnehmung des Augenscheins abgemessen werden.

A. Nicht mit der Bitte um Einnehmung des Augenscheins, als welche blos zufällig ist, sondern mit der, den Augenschein verhängenden, richterlichen Verfügung beginnt das Verfahren. In derselben muß, unter einer kurzen Anführung des Bestimmungsgrundes dieser Verfügung, den Parteien zunächst der Gegenstand des Augenscheins (Augenscheinspunkte) angezeigt, der Termin zur Einnehmung desselben angesetzt, die Parteien dazu vorgeladen, und Falls Kunstverständige dabey nöthig sind, denselben die Vorschlagung derselben überlassen werden.

B. Ein besonderes Produktionsverfahren über die Zulässigkeit eines Augenscheins wird selten eintreten, ob ich gleich dasselbe für unmöglich zu erklären nicht wage, da ich mir immer den Fall denken kann, daß die Parteien der Zweckmäßigkeit des Augenscheins überhaupt, oder insbesondere in Rücksicht der Zeit, wo er vorgenommen werden soll, Einreden entgegense-

hen. Insbesondere steht den Parteien zu, über die vom Richter ausgezeichneten Augenscheinspunkte Erinnerungen vorzubringen. Verhandlungen unter den Parteien lassen sich aber dabey eigentlich noch nicht denken, da es zunächst Erinnerungen gegen dasjenige sind, was der Richter selbst unternommen hat. Er prüft also die Erinnerungen, verwirft die offenbar ungegründeten, und nimmt auf die übrigen, wenn sie wenigstens zweifelhaft seyn sollten, diejenige Rücksicht, welche die allgemeine Begünstigung der Rechtsvertheidigung fordert.

XV.

C. Müssen Kunstverständige beygezogen werden, so macht die Berichtigung ihrer Personen noch manche Vorbereitungen nothwendig. Da beyde Theile Kunstverständige in gleicher Anzahl vorschlagen, und der Richter ihnen auch von seiner Seite eine gleiche Anzahl beygesellt, so muß dies nicht nur von den Parteien, oder im Fall eines Ungehorsams vom Richter vorher geschehen, sondern die Gleichstellung der Kunstverständigen mit Zeugen, welche die Gesetze als Grundsatz angenommen haben, fordert, daß die erkannten Kunstverständigen den Parteien be-

kannt gemacht werden, welches über ihre Zulässigkeit ein Produktionsverfahren veranlassen kann.

D. Sind alle diese Vorbereitungen getroffen, so kommt es zur wirklichen Einnehmung des Augenscheins. Daß beyde Theile dazu vorgeladen werden müssen, habe ich schon im vorhergehenden Parapraph bemerkt, und es leuchtet von selbst ein, daß die Ladung in Ansehung beyder Theile nur monitorisch ist, weil der Augenschein eine Handlung des Richters ist, zu welcher die Parteien, nicht eigentlich um zu handeln, sondern um für ihre Rechte zu wachen, also nur monitorisch vorgeladen werden. Ganz irrig haben demnach die Schriftsteller von den Grundsätzen über circumducirte Ladungen Gebrauch gemacht, wenn sie lehrten, daß im Fall beyde Theile, oder wenigstens derjenige, welcher um den Augenschein bat, aussenbleiben, der Termin circumducirt werde a). Vielmehr haben die Parteien, wenn sie nicht erscheinen, auf ihre Rechtsvertheidigung Verzicht geleistet, in die Handlung des Richters eingewilliget, derselbe fährt also mit Einnehmung des Augenscheins ungestört fort.

a) Danz §. 345.

XVI.

E. Bey der Einnehmung des Augenscheins selbst muß der Richter

1) alles, was in dem Termine vorgeht, vollständig zu Protokoll aufzeichnen.

2) Vor allem werden die Kunstverständigen, wenn solche beygezogen werden, und ihre Vereidigung nöthig ist, mit dem Eide belegt.

3) Hierauf werden die Augenscheinspunkte, wofern es nicht schon bey Verfügung des Augenscheins geschah, berichtiget. Des Richters Pflicht ist, die Augenscheinspunkte auszuzeichnen, obgleich die streitenden Theile ihm durch Uebergebung derselben an die Hand gehen können. So wichtig diese Auszeichnung ist, da sie eigentlich den Status controversiae in sich faßt, so wenig Beschwerde wird man in Stellung der Augenscheinspunkte finden, wenn man aus den Verhandlungen der Parteien die unter ihnen streitigen Merkmale des Prozeßgegenstandes aushebt, und sie als Fragen aufstellt, welche aus der Wahrnehmung des Objekts beantwortet werden sollen.

4) Den Parteien müssen die Augenscheinspunkte vorgelegt werden, weil hievon die Anerkennung ihres Rechts abhängt, und sie sind befugt, auch hier noch das Nöthige zu erinnern. Ihre Bemerkungen werden zu Protokoll genommen, und vom Richter meistens so benützt, daß er, um keine Vertheidigung abzuschneiden, auch auf ihre Erinnerungen bey dem Augenschein besondere Rücksicht nimmt.

5) Nach diesen Augenscheinspunkten erhalten im Beyseyn der Parteien die Kunstverständigen ihre Instruktion, welche nichts als eine Bezeichnung der Momente enthält, auf welche dieselben ihre Aufmerksamkeit besonders richten sollen.

6) Ist dieses alles geschehen, so wird der Augenschein selbst eingenommen. Der Richter begiebt sich, wenn die streitige Sache nicht in dem Gerichtszimmer vorgelegt werden kann, an den streitigen Ort selbst, und zwar im Beyseyn der Kunstverständigen und der Parteien.

7) Zuerst werden die Parteien vernommen, ob die gegenwärtige Sache das Objekt ihres

Rechtsstreits sey; und ihre Erklärungen werden niedergeschrieben.

8) Hierauf werden die Augenscheinspunkte nach einander einzeln als Fragen aufgestellt, die dahin gehörigen Merkmale vom Richter, den Kunstverständigen und den Parteien genau eingesehen, und das Befinden so genau, als möglich ist, durch eine malerische oder topographische Darstellung niedergeschrieben. Allemal muß der Richter bey Abmessungen, beym Abwägen, bey Hebung der Gränzsteine u. s. w. die Parteien erinnern, die Merkmal selbst mit anzusehen.

9) Sollten Grundrisse oder Zeichnungen übergeben worden seyn, so werden diese an Ort und Stelle mit der Sache selbst verglichen, die daran befundenen Mängel verbessert, und im Protokolle sich auf diese Risse unter Beybehaltung der darin gebrauchten Zeichen bezogen.

10) Ueber dasjenige, was der Richter oder die Kunstverständigen als wahrgenommen angeben, läßt man die Parteien kathegorisch antworten; aber ihre wechselseitigen Erklärungen

dürfen nichts anders, als den Augenschein selbst, also nur dasjenige, was in die Sinne fällt, betreffen *a*).

11) Jeder streitende Theil, sogar der Richter, kann ausser den vorher bestimmten Augenscheinspunkten noch dasjenige anzeigen, was er an der Sache selbst bey dem Augenschein als wichtig bemerkt; und es versteht sich von selbst, daß auch mit diesen Merkmalen, wie mit den übrigen Augenscheinspunkten verfahren werde.

12) Am Schlusse muß das Protokoll den Kunstverständigen und Parteien vorgelesen, und das Nöthige berichtiget oder verbessert werden.

XVII.

F. Das in diesem Termine abgehaltene Protokoll wird den Parteien in Abschrift mitgetheilt, nicht allein, um ihre Manualakten vollständig zu machen, sondern auch um ihnen das Mittel an die Hand zu geben, wodurch sie nöthigen Falls ihre Rechte vertheidigen können. Der Regel nach bereitet zwar der Augenschein

a) Claproth ordentl. Proz. §. 227.

die Streitsache zur Entscheidung gehörig vor, und die Parteien können, wenn sie der Einnehmung des Augenscheins beywohnen, ohnehin ihre Rechte dabey vertheidigen; daher geschieht die Mittheilung des Augenscheinsprotokolls nur zur Nachricht [a]), ohne daß jedoch den Parteien die Befugniß abgesprochen ist, aus hinreichenden Ursachen über den Augenschein, oder sein Resultat eine besondere Ausführung zu übergeben, welches vorzüglich da eintritt, wo die streitigen Merkmale nicht ganz sichtbar waren, und durch eine Art von Schluß aus den sichtbaren Merkmalen auf die andern Merkmale, von welchen die Entscheidung des Streits abhängt, erst zu einem höhern Grad von Ueberzeugung gebracht werden können.

XVIII.

Von Kunstverständigen.

Nichts war schädlicher, als daß man Kunstverständige für ein Beweismittel ansah, und die Kunstverständigen als Zeugen behandelte, weil sie dritte Personen sind, deren Aeusserungen auf den Ausgang eines Streits einen wichtigen Einfluß haben. Hierdurch war der

a) Danz a. a. O. §. 349.

ganze Standpunkt verrückt, aus welchem die Kunstverständigen betrachtet werden müssen, wenn man ihr rechtliches Verhältniß genau ausmitteln will.

Kunstverständige sind immer Gehülfen des Richters, und sie haben gar nichts an sich, welches uns berechtigte, sie in die Klasse der Beweismittel zu stellen. Sie wirken entweder bey einem Augenschein als Mittel, wodurch der Richter seine Augen bewaffnet, ihre Handlung ist nur mittelbare richterliche Wahrnehmung; oder sie wirken ausser dem Augenschein auf die Beurtheilung solcher Thatsachen, welche der Richter aus Mangel an Kenntnissen einer besondern Kunst nicht beurtheilen kann; sie urtheilen hier über das Faktum, welches der Richter unter das Gesetz subsumirt, um die Rechte unter den streitenden Theilen festzusetzen. Ihre Einwirkung auf den Augenschein als Gehülfen des Richters fällt in die Begriffe; aber ihr Verhältniß da, wo sie ausser dem Augenschein Gutachten, Parere, abgeben, verdient eine nähere Untersuchung.

Ich setze den Fall: daß zwey Parteien über einen Baukontrakt streiten. Der Kläger beschwert sich, daß ein Gebäude nicht vertragsmäßig, nicht dauerhaft hergestellt sey, und der beklagte Handwerksmann behauptet das Gegentheil. Bey diesem Streite kommt es auf Beurtheilung zweyer Fragen an: 1) ob das Gebäude vertragsmäßig, dauerhaft hergestellt, 2) was nach dem Anschlag des ersten Punkts unter den Parteien Rechtens sey. Die Entscheidung beyder Fragen ist Sache der Reflexion, also kein Gegenstand der Verhandlungen unter den Parteien, welche wohl die Merkmale des Gebäudes anzeigen, nie aber beurtheilen können, ob das Gebäude so beschaffen sey, wie es der Kontrakt fordert. Setzte der Streitgegenstand nicht besondere Kenntnisse einer Wissenschaft oder Kunst voraus, so könnte ohne allen Zweifel nur der Richter über das Faktum nach den Erkenntnißgründen der Wahrheit urtheilen; wie wir aus dem Beyspiele uns überzeugen, wenn bey einem Testamente, dessen Gültigkeit wegen Mangel der nöthigen Anzahl von Zeugen bestritten wird, der Richter durch Anschauung der Urkunde selbst sich die Ueberzeugung von der Wahrheit des Faktums verschafft,

das Faktische des Testaments beurtheilt, und es für gültig oder ungültig erklärt. Man kann demnach nicht abläugnen, daß eben dasselbe Rechtsverhältniß eintrete, wenn die Beurtheilung des Faktums bey einem Rechtsstreite die Kenntniß einer besondern Kunst oder Wissenschaft voraussetzt, und die Gesetze deshalb die Beurtheilung durch Kunstverständige fordern. Diese Kunstverständige nehmen hier nur Theil an demjenigen, was im Ganzen zur Sphäre des Richteramts gehört; ihre Handlung ist Reflexion über das Faktum eines Rechtsstreits; ihr Gutachten ist ein Theil des richterlichen Ausspruchs, gegeben von Sachverständigen, weil der Richter diesen Theil nicht aburtheilen konnte.

So wenig nun eine Handlung des reflektirenden Richters als Beweismittel angesehen, und nach dieser Rücksicht beurtheilt werden kann, so wenig darf derjenige Theil der richterlichen Reflexion, welcher durch Kunstverständige vollzogen wird, den Verhandlungen der Parteien gleichgestellt und als Beweismittel betrachtet werden. Kunstverständige sind nur Gehülfen des

Richters, und ihr Wirkungskreis ist ein Theil des Richteramts.

XIX.

Mischen auch die Gesetze etwas von Grundsätzen über Zeugen den Kunstverständigen bey, so bringt dieses keine wesentliche Veränderungen hervor, und kann wider den klaren Ausspruch der Vernunft, Kunstverständige als Gehülfen des Richters niemals zu einem Beweismittel umschaffen. Denn die Vereidigung der Kunstverständigen ist nur eine Feierlichkeit, die wir auch bey dem Richter und Aktuar antreffen, und die Hinweisung unserer Gesetze auf die Grundsätze von Zeugen um die Verdachtsgründe bey Kunstverständigen anzugeben, haben sie mit dem Richter gemein, da auch bey ihm die Gesetze seine Unparteilichkeit nach dem Maasstabe der Glaubwürdigkeit der Zeugen abgemessen haben.

Man täusche sich also durch solche einseitige Anblicke nicht, man beurtheile die Natur einer Handlung nicht aus zufälligen Nebenbestimmungen, sondern gehe auf das Wesentliche derselben zurück, und man wird bald ganz evident

finden: daß Kunstverständige nur Gehülfen des Richters bey der richterlichen Wahrnehmung im Augenschein, oder bey der richterlichen Reflexion im Gutachten seyen.

Ich werde nach diesem Gesichtspunkte die Lehre von Kunstverständigen behandeln, dabey aber von ihnen nur in soweit sprechen, als sie mit ihrem Gutachten zur Beurtheilung eines Rechtsstreits beytragen; denn insofern sie bey dem Augenschein vorkommen, sind die Grundsätze schon im ersten Absatz dieser Erörterung enthalten, nur die Vorschlagung und Vereidigung abgerechnet, worüber aber das Nöthige sehr leicht aus diesem zweyten Absatze ergänzt werden kann.

XX.

I. Da Kunstverständige, wo sie durch ihr Gutachten das streitige Faktum nach den Regeln ihrer Kunst beurtheilen sollen, nur einen Theil der richterlichen Reflexion ausüben, also niemals ein Beweismittel seyn können, so fällt alles bey ihnen hinweg, was vom Beweistermine, Beweisantretung u. s. w. in der Lehre von

Beweismitteln vorkommt. Kunstverständige sollten immer in den geeigneten Fällen vom Richter von Amtswegen zur Beurtheilung beygezogen werden; doch kann man den Parteien nicht verwehren, den Richter daran zu erinnern, was ohnehin sein Amt erfordert, ohne daß diese Erinnerung als eine Antretung oder Anticipation des Beweises (§. XII.) angesehen werden darf.

II. Eben darum ist es eine sehr unnütze Frage: ob durch Kunstverständige ein schleuniger Beweis hergestellt werden könne? Wer wird vom Prädicate ohne Subjekt, wer wird von einem schleunigen Beweise sprechen, wo etwas gar kein Beweis ist?

XXI.

III. Ein Gutachten der Kunstverständigen ist in allen Fällen nothwendig, welche nicht durch die gemeinen Kenntnisse jedes gebildeten Mannes aus der täglichen Erfahrung, sondern nur durch Regeln einer besondern Kunst oder Wissenschaft beurtheilt werden können. Der zufällige Umstand, daß ein Richter ausnahmsweise diese besonderen Kenntnisse besitze, begründet

nach dem oben Gesagten (§. VIII.) keine Ausnahme, weil die Gesetze jedem Richter im Allgemeinen die Fähigkeit absprechen, über Kunstsachen zu urtheilen, und weil Gesetze nach ungewöhnlichen Eigenschaften eines Subjekts nicht berechnet werden.

Immerhin kann der Richter über streitige Thatsachen urtheilen, schätzen, besonders in den bekannten arbitrairen Klagen a), so lange besondere Kenntnisse, welche die Gränzen gemeiner menschlicher Erfahrung nicht übersteigen, bey der Beurtheilung hinreichen. Sobald aber diese Gränze überschritten wird, sobald ist die Beyziehung der Kunstverständigen ein unerläßliches Bedürfniß. Der Richter kann also bey angestellter ästimatorischen Injurienklage über die Vergütungssumme selbst urtheilen, weil dazu seine Kenntnisse hinreichen; er kann bey kleinen Verwundungen das Schmerzengeld bestimmen; aber er muß in wichtigen Verwundungen, bey welchen nur der Wundarzt die Größe des Schmerzens beurtheilen kann, dessen Gutachten vernehmen. Noch ein sehr instruktiver Fall ist mir aufgesto-

a) Höpfners Comm. über die Institut. §. 1133. und 1134.

en, welchen ich den Lesern zur Aufklärung dieser Lehre, bey welcher so viele Fehler, begangen werden, mittheilen will.

Ein sehr guter Schriftsteller gab seine Werke einem Buchhändler gegen ein Honorar in Verlag, welches nicht nach Bogen, sondern nur allgemein so bestimmt wurde: daß sich Auctor und Verleger darüber schon vereinigen würden. Daß also ein Honorar bezahlt werden müsse, war ausgemacht worden; nur die Größe desselben gab nach dem Tode dieses Gelehrten den Anlaß zu einem Streite zwischen seinen Erben und dem Verleger. Manche glaubten, die Akten sollten einem Richter zur Abfassung des Urtheils zugeschickt werden, der neben der Rechtswissenschaft auch Kenntnisse vom Buchhandel und von den Verhältnissen zwischen Auctor und Verleger besitze. Allein hierdurch würde sichtbar das Amt eines Richters und Kunstverständigen, wider den Geist unserer Gesetze, in einer Person vereinigt, und das Richteramt nach ungewöhnlichen Eigenschaften eines Subjekts abgemessen werden. Es blieb also nichts übrig, als die Schätzung durch Kunstverständige vornehmen zu lassen.

Aus eben dieser Rücksicht gehören Blödsinnigkeit oder Verstandesverwirrung zu den Gegenständen, welche nur durch Sachverständige beurtheilt werden können Muß doch der Richter bey Vergleichung der Handschriften Kunstverständige beyziehen, obgleich jeder Richter die Vermuthung für sich hat, daß er schreiben — nicht aber, daß er Handschriften beurtheilen kann!

Sogar bey der Aktenversendung werden gegen diesen unbestreitbaren Grundsatz Fehler begangen. Man versendet manchmal Akten an eine theologische oder medicinische oder Juristenfacultät zugleich, und doch können die beyden ersten Facultäten in keine andere Linie, als die der Kunstverständigen gestellt werden! Selbst die Abweichung von den Glaubenslehren einer in Deutschland recipirten Religion, worüber bey dem bekannten Falle des Doctor Bahrdts im Jahre 1779. so viel gestritten wurde, scheint mir zur Klasse derjenigen Sachen zu gehören, welche nur durch Kunstverständige beurtheilt werden können.

XXII.

IV. Nach den Kenntnissen, welche bey der Beurtheilung einer Sache vorausgesetzt werden, muß die Wahl der Kunstverständigen eingerichtet seyn. Gegenstände also, welche in verschiedene Verhältnisse oder Wissenschaften eingreifen, fordern eine Zusammensetzung verschiedener Kunstverständigen. Im vorher erzählten Falle würde bey Kunstverständigen, die entweder nur aus Buchhändlern oder nur aus Schriftstellern bestanden wären, immer ein parteiisches Resultat für den Verleger oder Schriftsteller herausgekommen seyn, welches nur durch eine Vereinigung verschiedener Kunstverständigen beseitiget werden konnte, als wodurch allein das Gleichgewicht unter dem collidirenden Interesse hergestellt, alle Einseitigkeit vermieden, und die Sache durch diejenigen beurtheilt wird, welche erst durch eine Vereinigung die zur Beurtheilung nöthigen Kenntnisse besitzen.

XXIII.

V. Kunstverständige sollten eigentlich als Gehülfen des Richters nur vom Richter ernannt werden. Man hat auch in manchen Fällen schon gewisse Personen als Kunstverständige öffentlich

ernannt, und vorher auf alle vorkommende Fälle beeidiget, wohin besonders für Gränzirrungen die Märker, für Baustreitigkeiten die Baumeister, in Handwerkssachen die Fürmeister, und in Handelsstädten die verschiedenen bestellten Güterbeschauer u. d. m. gehören. Wo dergleichen Subjekte vorhanden sind, da fällt eine besondere Ernennung der Kunstverständigen weg. Aber es war nach der Mannichfaltigkeit der Gegenstände unmöglich, für alle Sachen Kunstverständige öffentlich aufzustellen, und die Gesetze sahen sich in die Nothwendigkeit versetzt, sie bey vorkommenden Streitigkeiten besonders ernennen zu lassen. Hiebey aber fühlten die Gesetze die Verlegenheit, in welche sie durch die Unvollkommenheit dieser Anstalt versetzt werden; sie überliessen jedem Theile, eine gleiche Anzahl von Kunstverständigen vorzuschlagen, aber sie befürchteten nicht ohne Grund, daß jede Partei nur ein ihr günstiges Subjekt vorschlagen werde, und sie glaubten doch nicht, daß durch eine gleiche Anzahl von jedem Theile zu ernennenden Kunstverständigen das Gleichgewicht in allen Fällen hergestellt werde; sie wollten dieser Unvollkommenheit dadurch abhelfen, daß sie den Richter verbanden, eben so viele

Kunstverständige, als jeder Theil, zu ernennen.

Nun äussert der Grundsatz, daß die Rechte beyder Parteien gleich sind, seine Wirkungen darin: daß der Beklagte eben so viele Kunstverständige ernennt als der Kläger, und der Richter eben so viele als ein streitender Theil.

XXIV.

VI. Beurtheilen sollen die Kunstverständigen, am Richteramte Antheil nehmen, aber nur insoweit, als der Gegenstand in die Regeln ihrer Kunst einschlägt. Die Subsumtion unter das Gesetz, um Recht unter den Parteien festzusetzen, liegt ganz ausser ihrem Wirkungskreise, und gehört ausschließend zum Ressort des Richters. Ob das Gebäude dauerhaft, das Gold in gehöriger Feine, ein Stein ächt sey, darüber urtheilt der Kunstverständige, er ist Iudex facti; sein Ausspruch wird das Faktum, welches der Richter unter das Gesetz subsumirt, um die Rechtsfolgen zu bestimmen.

VII. Weil Kunstverständige das Faktische eines Rechtsstreits beurtheilen sollen, so fällt es

in die Begriffe, daß hiezu kein anderer Zeitpunkt schicklich sey, als der, wo die Sache durch Verhandlungen der Parteien zum Urtheil reif wurde. Nur Gegenstände, deren Merkmale verlöschen, können einen früheren Augenschein, und in soferne auch ein früheres Gutachten der Kunstverständigen veranlassen.

XXV.

VIII. Kunstverständige müssen mit dem Streitgegenstande, soweit er streitig und von ihnen zu beurtheilen ist, genau bekannt gemacht werden. Selten werden sie ihn beurtheilen können, ohne ihn eingesehen zu haben; und hier gehen zwey wesentlich verschiedene Handlungen vor, welche bisher sehr irrig nur als eine Handlung angesehen wurden. Einsicht können sie nur durch Augenschein nehmen, und hiebey muß ganz so verfahren werden, wie es im ersten Absatz gesagt wurde. Nach genommenem Augenschein überläßt ihnen der Richter die Beurtheilung allein; aber nie kann er ihnen den Augenschein ohne seine Mitwirkung erlauben.

IX. Man kann von Kunstverständigen nicht erwarten, daß sie aus den Verhandlungen

die eigentlichen Streitpunkte ausheben, worüber sie urtheilen sollen; der Richter muß ihnen daher diese Punkte auszeichnen, und er verfährt hiebey so, wie es oben (§. XVI. n. 3.) vom Augenschein gesagt wurde. Den Parteien, deren Rechte in Festsetzung dieser Punkte wesentlich interessirt sind, müssen nicht allein diese Punkte bekannt gemacht, sondern es muß ihnen auch überlassen werden, ihre Erinnerungen dagegen vorzubringen. Mit grossem Nutzen könnte dasjenige auf den gemeinen Prozeß wenigstens bey dieser Lehre übertragen werden, was die königlich preussische Prozeßordnung von Festsetzung des Status causae et controversiae heilsam verordnet *a*).

XXVI.

X. Schon als Gehülfen des Richters, ohne daß es nöthig wäre, sie mit Zeugen zu vergleichen, müssen Kunstverständige beeidiget werden, wenn sie nicht schon vorher für Beurtheilung gewisser Gegenstände mit einem allgemeinen Eide belegt worden sind, und gegen sie finden alle Verwerfungsgründe Statt, aus welchen man einen Zeugen verwerfen kann. Zum Be-

a) Tit. X. §. 28 — 35. Vergleiche mein Handb. Bd. I. S. 293.

weise aber, daß auf sie mehr die Vergleichung mit dem Richter als mit Zeugen passe, dient dieses: daß Kunstverständige aus Ursachen, welche einen Zeugen verdächtig, obgleich nicht ganz unfähig machen, ganz verworfen werden können. Man ist sogar in diesem Punkte minder streng, da eine Partei leicht andere Kunstverständige, aber nicht leicht andere Zeugen aufbringen kann. Das Recht, sich diese Kunstverständige zu verbitten, erstreckt sich sowohl auf die vom Richter, als auf die vom Gegentheil ernannten Kunstverständigen; und eben dieses beweißt, wie nothwendig die Bekanntmachung der von den Parteien wechselsweise vorgeschlagenen, und der vom Richter ernannten Kunstverständigen sey.

XXVII.

XI. Die Gleichstellung der Kunstverständigen mit Zeugen in einiger Rücksicht, führte auf die Grundsätze, worin Kunstverständige von Zeugen verschieden sind. Sie dienen zur Kenntniß des Verfahren bey Kunstverständigen.

1) Die Aussagen der Zeugen haben nur in dem, was sie durch ihre Sinne erfahren ha-

ben, Glauben, und auf ihre Urtheile oder Meinungen kommt es nicht an. Dagegen macht gerade eine Reflexion, eine Beurtheilung des Kunstgegenstandes den Zweck der Kunstverständigen aus.

2) Zeugen können nur von den Parteien benennt werden: bey Kunstverständigen hingegen hat der Richter eben so viele zu benennen, als einer der streitenden Theile; sogar bestellt er Statt der nachläßigen Parteien die Kunstverständigen.

3) Zeugen können von einem Theile in so großer Anzahl, als ihm gut scheint, ohne Rücksicht, wie viele sein Gegner benannte, vorgeschlagen werden; dagegen fordert bey Kunstverständigen der Grundsatz von Rechtsgleichheit, daß für jeden Theil Kunstverständige in gleicher Anzahl vorgeschlagen werden.

4) Bey Zeugen wird auf Kenntniß des Faktums gesehen, worüber sie ein Zeugniß ablegen sollen, bey Kunstverständigen kommt es auf Kenntniß der Kunst oder Wissenschaft an, woraus eine Sache zu beurtheilen ist.

5) Kunstverständige können sich das Geschäft verbitten, und werden zur Uebernahme dieses Amtes nicht gezwungen; Zeugen hingegen können der Ablegung eines Zeugnisses nicht entgehen, sogar finden gegen sie Zwangsmittel Statt.

6) Kunstverständige sollen aus Gründen nach den Regeln ihrer Kunst urtheilen, sie können daher ihr Gutachten schriftlich abgeben, sich untereinander und mit den Parteien besprechen, Bedenkzeit nehmen u. s. w., welches alles bey Zeugen sich ganz anders verhält *a*).

XXVIII.

XII. Bey dem Gutachten der Kunstverständigen sind die streitenden Theile wesentlich interessirt, es muß ihnen daher mit den Gründen, welche die Kunstverständigen für ihre Meinung anführten, mitgetheilt werden.

XIII. Was Kunstverständige über den faktischen Theil eines Rechtsstreits geurtheilt ha-

a) Claproth ordentl. Proz. §. 303. führt nebst diesen noch mehrere minder wichtige Unterschiede an.

ben, wird ein Theil des richterlichen Ausspruchs, welcher durch Rechtsmittel hätte angefochten werden können, wenn der Gegenstand des Streits nicht eben zu einer besondern Kunst oder Wissenschaft gehörte. Soll nun dieser zufällige Umstand, daß der Streit über einen Kunstgegenstand geführt wird, den Parteien das Recht auf weitere Vertheidigung entziehen? Oder soll der Richter schuldig seyn, den Ausspruch der Kunstverständigen zu vertreten? Beydes widerspricht den natürlichen und positiven Grundsätzen; daher nehmen auch die Praktiker einstimmig an, daß man die Gründe, worauf die Kunstverständigen ihre Meinung bauten, anfechten, und eine neue Prüfung fordern könne *a*). Allein hiebey ist noch manches unbestimmt, was einer Berichtigung bedarf. Ich will nur einige Fragen auszeichnen. Wie lange und oft soll die Anfechtung des Gutachtens zulässig seyn? was wirkt es, wenn die Partei vor dem Urtheil das Gutachten unangefochten läßt? wenn die Kunstverständigen verschiedener Meinung sind, was entstehen hieraus für Folgen? — Ich will versuchen, die Sache auf richtige Grundsätze zurückzuführen.

a) Claproth ord. Pr. §. 314. Danz §. 357.

XXIX.

1. Die Gutachten der Kunstverständigen, wohin auch Schätzungen gehören, müssen den Parteien auf jeden Fall vor dem Urtheil mitgetheilt werden. Zwecklos kann diese Mittheilung nicht seyn, und ein anderer Zweck läßt sich nicht denken, als daß sie dadurch in den Stand gesetzt werden, ihre Rechte dagegen zu vertheidigen *a*), besonders weil das römische Recht an mehr als einer Stelle die Anfechtung solcher Gutachten (reductio ad arbitrium boni viri) erlaubt *b*). Die Parteien können also das Gutachten der Kunstverständigen anfechten, ohne Unterschied, ob diese in ihren Meinungen übereinstimmen oder nicht.

2) Diese Mittheilung und ihr Zweck bestimmen auch die Folgen, wenn ein streitender Theil von seinen Rechten keinen Gebrauch macht. Er konnte vor dem Urtheil seine Vertheidigung gegen das Gutachten der Kunstverständigen führen; unterläßt er dieses, so hat er durch die That auf diese Vertheidigung Verzicht geleistet,

a) Mein Handb. Bd. I. S. 99. u. ff.

b) besonders L. 76—80. D. Pro Socio. L. 30. D. de operis libertor.

und das Gutachten als richtig anerkannt. Hier treten demnach die Folgen des Ungehorsams ohne weiters ein, und sie hindern ihn, nach dem Urtheil dieses Gutachten weiters anzufechten. Kann er die Widerlegung des Gutachtens nicht schnell vollenden, so steht es ihm frey, zur Einbringung dieser Schrift sich einen Termin auszubitten, welchen der Richter verstatten, und bis dahin mit Verkündung des Urtheils abwarten muß.

3) Ist die Schätzung zu hoch oder zu gering ausgefallen, oder das Gutachten auf Gründe gebaut, welche der dabey interessirte Theil widerlegen zu können glaubt, so übergiebt er eine Schrift, worin er die nöthige Ausführung wider das Gutachten vorträgt.

4) Ein Widerspruch würde es seyn, wenn der Richter sich über das Gutachten der Kunstverständigen ein Urtheil anmaaßen wollte, da ihm die Fähigkeit, über Kunstsachen zu urtheilen, von den Gesetzen ein für allemal abgesprochen worden ist. Daher muß er die Sache von andern Kunstverständigen prüfen lassen, nachdem er vorher

die Schrift einer Partei ihrem Gegner zur Gegenhandlung mitgetheilt hat.

5) Diese neue Prüfung kann nicht vorgenommen werden, wenn den neuen Kunstverständigen nicht alles dasjenige, was zur Aufklärung der vorigen Kunstverständigen geschah, und nebst dem die unter den Parteien über das Gutachten gewechselten Schriften vom Richter mitgetheilt werden.

6) Identisch mit einem Rechtsmittel ist diese Prüfung freilich nicht, wie wir daraus sehen, daß die Appellationsfeierlichkeiten hier nicht vorkommen; aber eine große Aehnlichkeit zwischen beyden kann man nicht bezweifeln, weil doch im Grunde die Richtigkeit einer Beurtheilung bestritten wird. Daher müssen wir zwey Grundsätze von Rechtsmitteln, welche aus den, beyden Gegenständen gemeinsamen, Verhältnissen fließen, auf Kunstverständige anwenden. Ueber die Richtigkeit seiner Urtheile kann niemals der Urtheiler selbst erkennen, da er immer in eigner Sache handelte, weil das Urtheil seine Sache nicht ist. Daher müssen

andere

andere Kunstverständige, und zwar vom höhern Range genommen werden. Angefochtene Gutachten einzelner Aerzte werden einem medicinischen Kollegium, als höhern Kunstverständigen, zur Beurtheilung vorgelegt; — dies ist ein Grundsatz.

7) Der andere besteht darin, daß bey Kunstverständigen eine Anfechtung ohne Ende nicht zulässig ist; nicht allein, weil man im Gebrauche der Rechtsmittel einmal doch an ein Tribunal kommt, gegen dessen Aussprüche ein weiterer Rekurs nicht erlaubt ist, sondern auch darum, weil durch eine gränzenlose Bestreitung Prozesse verewigt und alle Zwecke der richterlichen Gewalt im Staate vereitelt würden. Man kann daher von Instanzen analog auf höhere Kunstverständige schließen, und so wie der Geist unserer deutschen Reichsgesetze drey Instanzen als Regel aufstellt, so müssen dreymalige Gutachten der Kunstverständigen gleichsam als drey Instanzen für die Beurtheilung des Faktums zugelassen werden. Von diesen machen die gewöhnlichen Kunstverständigen die erste, die höhern Kunstverständigen die zweyte, und

etwa auswärtige Kunstverständige, Sanitäts- Bergwerks- Bau- Kollegien u. s. w. die letzte Instanz aus.

8) Auch bey den Kunstverständigen der zweyten oder dritten Gradation bleibt der Grundsatz unverrückt stehen: daß sie gemeinschaftlich beyden Parteien und dem Richter ernannt von werden. Nicht selten machen sie aber von ihm in der Art Gebrauch, daß sie sich Statt der Vorschlagung einzelner Subjekte von jeder Seite auf ein ganzes Kollegium solcher Kunstverständigen, z. B. eine medicinische Facultät vereinigen.

XXX.

XIII. Sind die Kunstverständigen verschiedener Meinung, was bey der Verschiedenheit der Ansichten unter Menschen nur zu oft sich ereignet, so kommt es darauf an: ob ihr Gutachten in einer Schätzung, oder in einer andern Beurtheilung ausser Schätzungen besteht.

A. Bey Schätzungen läßt sich zwar auch eine Anfechtung des Gutachtens denken, wenn die Schätzung zu hoch oder zu gering ausge-

fallen seyn sollte; aber dieses abgerechnet, werden die Summen der verschiedenen Kunstverständigen zusammen gerechnet, und mit der Zahl der gebrauchten Schätzer dividirt, der Quotient wird als das reine Resultat der Schätzung angenommen. Nur pflegt man da, wo von jedem Theile mehr als ein Schätzer ernannt wurde, sie nach Schürtzen abzutheilen. Die Procedur besteht darin: man nimmt allemal drey Individuen, von jedem Theile eines, und eines der vom Richter ernannten, zusammen als eine Schürze, addirt ihre Schätzungen, und dividirt sie, um die Schätzung dieser Schürze zu erhalten. Nun werden so viele Schürzen gemacht, als Kunstverständige von jedem Theile ernannt wurden, das Resultat jeder Schürze gezogen, und um aus allen Schätzungen das ganze Resultat zu ziehen, die sämtlichen Schätzungen jeder Schürze addirt, und mit der Zahl der Schürzen dividirt a). In einem Beyspiel. Der Kläger, Beklagte und Richter, jeder hat zwey Schätzer ernannt, so macht man zwey Schürzen, deren jede aus drey Sachverständigen besteht, von denen jede Par-

a) Man sehe darüber Claproth ordentl. Prozeß §. 311.

tei einen und der Richter einen ernannte. Von der Schürze A. hat ein Sachverständiger die Sache um 200 fl., der zweyte um 300 fl., der dritte um 250 fl. taxirt, so addirt man die Summen = 750 fl., dividirt sie mit der Zahl der Schätzer = 3., und der Quotient = 250. ist die Schätzung dieser Schürze. — Bey der Schürze B. verfährt man eben so, und wenn die Schätzungen eines Kunstverständigen 300 fl., des andern 270 fl., des dritten 300 fl. betrug, so ist der Quotient dieser Schürze = 290 fl. — Nun addirt man die Summen dieser Schürzen = 540 fl. dividirt sie mit der Zahl der Schürzen = 2., und der Quotient = 270 fl. ist die wahre Schätzungssumme.

XXXI.

B. Bey andern Gegenständen hingegen lassen sich die verschiedenen Meinungen der Kunstverständigen durch so ein Mittel auf eine Uebereinstimmung nicht zurückführen, und hier ist es schwerer, zu bestimmen, welche Folgen die Verschiedenheit der Meinungen unter den Kunstverständigen hervorbringe.

Daß der Richter derjenigen Meinung nicht beyfallen könne, welche die stärkern Gründe für sich hat, wie man vorher beynahe allgemein lehrte, habe ich aus dem Grundsatze des Widerspruchs dargethan a); denn der Gegenstand ist nun einmal, soweit er Kunstsache ist, dem Urtheil des Richters entzogen. Ihm bey einer Disharmonie unter den Kunstverständigen eine Entscheidung darüber zuzugestehen, welche Meinung wichtigere Gründe für sich habe, würde in einem desto höheren Grade widersprechend seyn, da selbst die getheilten Meinungen der Kunstverständigen beweisen, daß der Gegenstand nach den einschlagenden Kunstregeln sehr verwickelt und zweifelhaft sey, folglich bey seiner Beurtheilung eine sehr genaue Bekanntschaft mit den Regeln einer Kunst voraussetze. Diese genaue, vertraute Bekanntschaft darf man aber dem Richter auf keine Weise zutrauen, da ihm die Gesetze alle Kenntniß der Kunstsachen absprechen, und deshalb die Beyziehung der Kunstverständigen zur absoluten Nothwendigkeit erhoben haben.

a) Meine Erörterungen Seite 87.

XXXII.

Auch hat Grolman a) diese Meinung verlassen, dabey aber behauptet, bey Verschiedenheit der Gutachten könne nur dasjenige als erwiesen betrachtet werden, worin sie alle übereinkommen, wenn anders ihre Verschiedenheit nicht durch das Gutachten eines Kollegiums von Kunstverständigen gehoben werden kann. Allein mir scheint, daß mehrere hier denkbare Fälle noch nicht gehörig vbgesondert abwurden.

1) Sind die Kunstverständigen nur in den Gründen verschiedener Meinung, und stimmen sie übrigens im Resultate überein, so hält sich der Richter an das Resultat, und die obwaltende Verschiedenheit hat hier eben so wenig, als wenn sie in Nebensachen von einander abweichen, rechtliche Folgen.

2) Die Verschiedenheit der Meinungen kann unter den Kunstverständigen so groß seyn, daß nicht einmal die Stimmenmehrheit für eine Meinung in ihren Gutachten liegt. Hier ist

a) Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 84. Not. a.

es sehr begreiflich, daß dem Richter nichts übrig bleibt, als von Amtswegen die Beyziehung anderer Kunstverständigen zu veranlassen; denn er hat gar kein Resultat, welches er als Faktum unter das Gesetz subsumiren könnte. Nur muß er in diesem Fall Kunstverständige von derselben Art, wie die vorigen waren, beyziehen, damit er bey ihnen in der Gradation keinen Sprung mache, und hierdurch nach der Analogie von Instanzen (§. XXXI. n. 6. u. 7.) die Rechte der Parteien nicht verletze.

3) Die Parteien können besonders bey einem Dissens der Kunstverständigen ihr Recht geltend machen, die Gutachten der Sachverständigen nach Regeln der einschlagenden Kunst anzufechten, so lange nicht die erlaubten Stufen derselben nach den oben angeführten Grundsätzen überschritten werden.

4) Wenn sie aber von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, und hierdurch die Gutachten der Sachverständigen, wie sie liegen, anerkennen; oder wenn eine neue Prüfung durch Kunstverständige nach überstiegenen sämt-

lichen Gradationen an sich unerlaubt wäre, so kann ich von der Meinung nicht abgehen: daß der Richter schlechterdings dasjenige für wahr annehmen, und als Faktum unter das Gesetz subsumiren müsse, worin die Mehrheit der Kunstverständigen übereinkommt. Ich will die Gründe dieser schon in den oben genannten Erörterungen aufgestellten Meinung näher angeben.

XXXIII.

Kunstverständige werden von drey verschiedenen Subjekten, den streitenden Theilen und dem Richter ernannt; sie sind ein zusammengesetztes Wesen; zusammengesetzt aus solchen Theilen, bey welchen die Gesetze selbst immer einiges getheiltes Interesse besorgen, und wobey sie das nöthige Gleichgewicht durch die Zusammensetzung, also durch moralische Einheit, herstellen wollen, eine Einheit, welche nur dadurch entsteht, daß dasjenige als Meinung des Ganzen gilt, was die Mehrheit der Theile für richtig erkannt hat. Die Kraft der Stimmenmehrheit ist der unverkennbare Geist unserer Gesetze, welcher aus allen Anstalten zur

Beurtheilung der Prozesse hervorleuchtet; er belebt alle Kollegien, die Austräge, die Schiedsrichter, er muß also auch bey Kunstverständigen gelten, da sie Richter über das Faktum sind.

Nicht zu gedenken, daß Ungewißheit der Rechte oder Ewigkeit des Rekurses bey der Rechtsverfolgung entstünde, wenn nur dasjenige, worin alle Kunstverständige übereinstimmen, als wahr angenommen werden dürfte, finden wir sogar bey den wichtigsten Arten der Kunstverständigen die Stimmenmehrheit als durchschneidende Maxime gesetzlich anerkannt. In allen Kollegien, besonders den Facultäten, gilt Stimmenmehrheit, und wenn z. B. eine medicinische Facultät als Kunstverständige ein Gutachten in einer Medicinalsache gibt, so theilt sie es nach der Stimmenmehrheit ihrer Facultätsglieder mit, ohne daß von der verschiedenen Meinung eines oder des andern Mitgliedes Meldung geschieht.

Stimmenmehrheit ist demnach das gesetzlich anerkannte Mittel, auch bey Kunstverständi-

gen moralische Einheit herzustellen, und wir haben sogar ein ausdrückliches Gesetz, welches offenbar von Kunstverständigen handelt, und dem Ausspruche der mehreren Stimmen unter ihnen vollkommene Kraft beylegt *a*).

a) L. 1. pr. D. de inspiciendo ventre: „tres „obstetrices probatae artis et fidei, quae a te „assumtae fuerint, eam inspiciant: et siqui„dem vel omnes vel duae renunciaverint, „praegnantem videri, tunc persuadendum mulieri „erit, ut perinde custodem admittat, atque „si ipsa hoc desideraſſet.“ Vergl. meine Erörterungen Seite 93. u. ff. woselbst ich auch gezeigt habe, daß der L. 21. §. 3. D. de testibus, woraus die Gegner das richterliche Befugniß, den stärkern Gründen beyzufallen ableiten wollten, ihre Meinung nicht begünstige, da von Zeugen auf Kunstverständige, von Beweismitteln auf Reflexionen kein Schluß gezogen werden kann.

XXXVI.

Vom Beweise durch Urkunden.

I.

Urkunden im weitläufigen Sinne umfassen alle Denkmäler, Monumente, welche als Gründe auser dem Streitgegenstande existiren, und zum Beweise einer Thatsache dienen können. In diesem Verstande sind nicht nur schriftliche Aufsätze, sondern auch Münzen, Sigille, Wapen, Inschriften, Leichensteine, Leichen, oder Trauungsreden, Kerbhölzer u. d. darunter begriffen [a]). Die Beweiskraft dieser Denkmäler würdigt die Diplomatik und historische Kritik, welche hierbey als Quelle benützt werden müssen. So häufig man auch bey Rechtsstreitigkeiten, und gerade bey den wichtigsten Landeshoheits, und Familienstreitigkeiten

a) Claproth ordentl. Prozeß §. 230.

von ihnen Gebrauch macht, so wenig ist es nothwendig, hier von denselben besonders zu handeln, da die Grundsätze, nach welchen ihre Glaubwürdigkeit beurtheilt wird, aus andern Wissenschaften entlehnt werden müssen. Man bringt von ihnen Abzeichnungen zu den Akten, welche mit dem Original vom Richter durch Augenschein, meist mit Zuziehung der Kunstverständigen verglichen werden, wenn der Gegentheil gegen die Aechtheit des Originals oder gegen die Uebereinstimmung der Abzeichnung mit demselben Einwendungen vorbringt.

Hier haben wir es mit Urkunden im engern Sinne zu thun, worunter man schriftliche Aufsätze versteht, wodurch die Ueberzeugung von der Wahrheit eines Thatumstandes dem Richter verschafft wird. Dieses Beweismittel sollte man dem ersten Anscheine nach für das vortheilhafteste halten. Zeugen können sterben, ihr Gedächtniß verlieren, unredlich seyn, Eide gegen Ueberzeugung geschworen werden — bey Urkunden hängt man von dem Zufall oder der Redlichkeit Anderer nicht ab, der Buchstaben der Urkunde spricht: sie sind bleibende Denkmäler, — sie liefern, sobald ihre

Aechtheit auſſer Zweifel geſetzt iſt, nicht nur den Beweis über das Daſeyn eines Geſchäfts, ſondern auch eine genaue Angabe ſeiner Merkmale. Wenn nur nicht Verfälſchung der Urkunden ſo leicht, und daher die Bemühung unſerer Geſetze ſo groß wäre, den Produkten durch ausgezeichnete Rechte bey der Recognition in Schutz zu nehmen!

II.

Die Beweiskraft der Urkunden kann nicht richtig beurtheilt werden, wenn man nicht auf den wahren Standpunkt zurückgeht, von welchem aus die Urkunden betrachtet werden müſſen; denn erſt hieraus wird ſich eine vollſtändige Darſtellung aller bey dem Urkundenbeweiſe wichtigen Sätze liefern laſſen.

Jedes Dokument kommt entweder A) von demjenigen her, welcher über Rechte etwas einſeitig feſtſetzen kann, Hausgeſetze, Teſtamente, Familienfideicommiſſariſche Stiftungen — oder B) von demjenigen, der durch Eingeſtändniſſe ſeine Verbindlichkeiten anerkennen kann; z. B. Quittungen, Schuldbriefe, Kontrakte — oder C) von demjenigen, der über

eine Sache Zeugschaft giebt, z. B. Protokolle, Attestate, Kirchenbücher, u. d. Nach jeder dieser drey Ansichten einer Urkunde modificiren sich die Grundsätze; auf sie also muß man in Beweiskraft einer Urkunde immer zurückgehen. — Bey der ersten Gattung von Aufsätzen kommt es auf die verbindliche Kraft einer einseitigen Willenserklärung — bey der zweiten auf die Wirkung eines Geständnisses — bey der dritten auf die Folgen eines Zeugnisses an.

III.

Urkunden nach jeder dieser drey Ansichten können in Beziehung auf Glaubwürdigkeit ihrer Aussteller öffentliche oder Privaturkunden seyn, je nachdem ihnen die Gesetze öffentlichen Glauben beylegen oder nicht. Ihnen hat man bisher noch eine dritte Gattung, documenta quasi publica, beygesellt, welche nämlich von drey männlichen Zeugen unterschrieben sind. Allein man hat bey Aufnahme dieses Begriffs die darüber vorhandenen Gesetze offenbar übel angewendet. Nirgendswo legen ihnen die Gesetze öffentliche Glaubwürdigkeit in Rücksicht auf Beweiskraft bey, sondern sie ertheilen nur in

einer Art von Rechtsgeschäften, nämlich bey Hypotheken, solchen Urkunden eine Wirkung der öffentlichen Dokumente, ein Vorzugsrecht der vor drey Zeugen schriftlich konstituirten Hypothek [a]), wodurch nicht die Urkunde, sondern vielmehr das damit vollzogene Rechtsgeschäft eine besondere Begünstigung erhielt. Eine von drey Zeugen unterschriebene Urkunde hat vor einer von zwey Zeugen unterschriebenen oder gar nicht unterschriebenen, doch durch Zeugen als ächt erprobten Urkunde, wenn von ihrer Glaubwürdigkeit die Rede ist, gar keinen Vorzug, und ich erkenne wohl Hypothecas quasi publicas, ob ich gleich documenta quasi publica verwerfe.

IV.

Nicht blos die gerichtlichen, sondern alle Urkunden werden unter dem Namen öffentlicher begriffen, welchen die Gesetze öffentlichen Glauben beygelegt haben. Dahin gehören 1) gerichtliche, wenn sie innerhalb der Gränzen des Amts und in der bey Gerichten nöthigen Form ausgefertigt wurden. Aus eben dieser Ursache 2) Protokolle und Instrumente öffent-

a) L. 11. C. qui potiores in pign. Nov. 73. cap. 1.

licher Notarien unter eben diesen Einschränkungen. 3) Oeffentliche Kataster, Steuerbücher, Saalbücher, Zinns- und Lagerbücher. 4) Pfarrbücher in Sachen, welche in das Amt eines Seelsorgers einschlagen, worüber also die weltliche Macht dem Seelsorger einen öffentlichen Glauben beylegte, Tauf- Trau- und Sterbmatrikel. 5) Anmerkungen der Eltern in Familiensachen in Beziehung auf ihre Kinder (Annotationes parentum). 6) Unter den gehörigen Einschränkungen Urkunden, welche aus einem öffentlichen Archive entnommen wurden *a*).

V.

Bey Herstellung eines Beweises durch Urkunden kommt es immer auf drey Punkte an. 1) Der Gültigkeit einer Urkunde, abgesehen davon, ob sie von dem angegebenen Verfasser herstammt, darf nichts entgegenstehen. 2) Sie muß von demjenigen herkommen, welcher als Verfasser des Dokuments angegeben wird. 3) Der

a) Layritz Observ. de auctoritate diplomatum ex archivo desumtorum. Altorf 1796. 8. ein Gegenstand, der noch immer äusserst verworren ist, und worüber ich zu einer andern Zeit meine Gedanken dem Publikum vorlegen werde.

Der Aussteller einer Urkunde muß solche Qualitäten haben, daß die Urkunde als Erkenntnißgrund der Wahrheit, ihrem Inhalte nach, gelten kann. Nach diesen Rücksichten sollen die wichtigern Grundsätze vom Urkundenbeweise vorgetragen werden.

VI.

I. Nichts darf der Gültigkeit einer Urkunde im Wege stehen. Ein vor sechs Zeugen errichtetes Testament, ein von einem Notar ohne Zeugen ausgefertigtes Instrument, ein von einem Unmündigen unterschriebener Kontrakt kann immerhin authentisch seyn, das heißt: von demjenigen sich herschreiben, welcher für den Verfasser angegeben wird, ohne daß diese ungültige Urkunde einen Beweis hervorbrächte. Weder dem Geschäfte, wie es in der Urkunde vorgezeichnet ist, noch der Urkunde in Rücksicht ihrer Form darf etwas Wesentliches mangeln [a].

a) Die Erfordernisse der gerichtlichen Urkunden behandelt cap. 11. X. de probat. der Zinns- u. Lagerbücher Böhmer Ius eccles. prot. Lib. 1. tit. 22. §. 3. der Notariatsinstrumente Notar. Ord. Maximilian I. 1512. der Handelsbücher

Ein Richter hatte über die Aeusserungen zweyer Parteien kein Protokoll geführt, sondern ihnen in einem tumultuarischen Verfahren nur mündlichen Bescheid gegeben; nun wollte der Richter darüber, daß der Beklagte die Schuld eingestanden habe, ein gerichtliches Zeugniß ausstellen; dieses trug die Zeugen seiner Ungültigkeit an der Stirne; denn wo von gerichtlichen Handlungen die Rede ist, da müssen die Akten sprechen, und da entkräftet der Satz: quod non est in actis non est in mundo alle Zeugnisse, welche der Richter ausser den Akten ertheilen will.

VII.

II. Nichts darf ihrer Glaubwürdigkeit, abgesehen von der Auctorschaft, im Wege stehen. Fehlerhaft in dieser Rücksicht sind Urkunden, 1) welche gegründeten Verdacht der Verfälschung an sich tragen, Ausstreichungen, Rasuren, Marginalzeilen in entscheidenden Stellen, Verschiedenheit der Dinte, des Papiers, Verfälschung der Sigille u. s. w. Bey Urkunden aus ältern Zeiten ist eine genaue Kenntniß

der Diplomatik nothwendig. 2) Urkunden, welche sich auf eine andere beziehen, können so lange nichts beweisen, bis die Wahrheit und der Inhalt dieser andern Urkunde hinreichend dargethan wird. 3) Bey Urkunden über Verbindlichkeiten muß der Grund der Verbindlichkeit (causa debendi) ausgedrückt seyn.

III. Niemand kann in einem einseitigen Aufsatze sich selbst Rechte mit Wirkung zuschreiben, niemand durch Geständnisse sich Vortheile erwerben, niemand in eigner Sache ein Zeugniß ablegen. Die drey Ansichten, unter welche man alle Urkunden stellen kann (§. 11.), bewähren demnach, daß einseitige Dokumente nichts für, sondern gegen den Schreibenden, zweyseitige Urkunden für und gegen die Interessenten gleich beweisen. Dies ist der Sinn des Satzes: documenta probant contra scribentem, non pro scribente. Nur Handelsbücher machen eine Ausnahme.

VIII.

IV. Soll aber eine Urkunde etwas beweisen, so ist dies nur unter der Bedingung denkbar, daß sie von demjenigen herrührt, wel-

cher als ihr Urheber angegeben wird. Die Auctorschaft, Authenticität muß auffer Zweifel gesetzt werden. Da nun nichts, als was unter den Parteien streitig ist, eines Beweises bedarf, so muß auch dieser Punkt an Urkunden nur dann bewiesen werden, wenn er vom Gegentheil angefochten wird. Daß in diesem Falle das Original vorgelegt werden muß, fällt in die Begriffe; denn wer wollte die Aechtheit einer Urkunde anders, als aus ihr selbst erkennen? Doch können ausnahmsweise Fälle vorkommen, wo auch Abschriften Glauben verdienen *a*). Unbeglaubte, d. h. nicht unter öffentlichem Glauben gefertigte Abschriften beweisen nur: 1) wenn der Produkt das Daseyn des Originals und seine Uebereinstimmung mit der Abschrift nicht in Abrede stellt. 2) Wenn eine Urkunde wegen Weigerung des Gegners für vorgelegt angesehen wird. 3) Bey Urkunden, welche durch Betrug oder grobes Verschulden des Produkten zu Grunde giengen *b*). 4) Wo kein strenger Beweis, sondern nur eine Be-

a) Ausführlich handelt davon Hellfeld Diss. de probatione per exempla seu copias documentor. in seinen Opusc. Seite 344.

b) Grolman §. 198.

scheinigung nothwendig ist; z. B. bey Arrestgesuchen, Provocationen. Beglaubte Abschriften sind diejenigen, welche darüber eine Bescheinigung erhalten haben, daß sie mit der Urkunde übereinstimmen, von der sie entnommen wurden. Sichtbar kann sich die Beglaubigung nur auf die Richtigkeit der Abschrift, als solcher, beziehen, und auf die Frage: ob das copirte Document Original sey, keinen unbedingten Einfluß haben. Man muß also bey beglaubten Abschriften unterscheiden: ob sie 1) Abschriften von einer öffentlichen Urkunde sind, und diese beweisen: weil die Urkunde, von der sie entnommen wurde, als eine öffentliche, auch ohne Recognition Beweiskraft hat. Sind es hingegen 2) Abschriften von Urkunden, welche ohne Recognition oder Beweis ihrer Authenticität nicht beweisen, so können sie niemals dem Original gleich geachtet werden, sondern Recognition oder Beweis der Aechtheit muß vorhergegangen seyn, oder noch geliefert werden.

IX.

V. Der Beweis über die Authenticität einer Urkunde, ist im Beweisverfahren einer der wichtigsten Punkte. Verschiedenheit

tritt hier zwischen öffentlichen und Privaturkunden ein.

Oeffentliche Urkunden, wenn sie von Personen herkommen, die ein öffentliches Amt verwalten, folglich ein Amtssigill haben, bedürfen eines Beweises der Aechtheit der Handunterschrift nicht, denn sie tragen die äussern Merkmale ihres öffentlichen Glaubens an der Stirn, welche einen Beweis der Aechtheit entbehrlich machen. Weil aber doch niemand ungehört verurtheilt, dem Produkten also die Vertheidigung gegen die Beweismittel nicht abgeschnitten werden darf, so geht daraus die nothwendige Folge hervor: daß auch solche öffentliche Urkunden dem Produkten vorgelegt werden müssen, zwar nicht zur Recognition, als einem Mittel die Authenticität eines Documents darzuthun, doch zur Agnition, denn der Produkt muß eine solche Urkunde als authentisch anerkennen, wenn er nicht den Beweis ihrer Unächtheit liefern kann, ohne daß er sich der eidlichen Ableugnung bedienen könnte, welche bey Privaturkunden der Recognition entgegengesetzt ist. Sind es aber Urkunden, zwar von Privatpersonen verfaßt, aber von den Gesetzen mit besonderer Glaubwür-

digkeit verſehen, z. B. annotatio parentum, ſo muß doch die Vorfrage richtig ſeyn: ob die Urkunde des Vaters Handſchrift ſey? darüber alſo muß erſt noch Beweis, durch Recognition oder Zeugen, beygebracht werden.

X.

VI. Bey Privaturkunden kommt es darauf an, daß die Urkunde von demjenigen herrühre, der als ihr Urheber angegeben wird. Dieſer Beweis iſt zur Vollkommenheit des Urkundenbeweiſes nothwendig, ſobald der Produkt es in Zweifel zieht, da ſonſt der Urkundenbeweis eine petitio principii in ſich faßte. Der Beweis der Authenticität kann aber geführt werden 1) durch Eingeſtändniß, wenn der Produkt ihre Aechtheit auf eine verbindliche Weiſe vorher anerkannt, ſich z. B. in einer andern Sache auf ein Dokument berufen hat; 2) durch Zeugen, welche bey Ausfertigung der Urkunde gegenwärtig waren Haben ſie die Urkunde ſelbſt als Zeugen unterſchrieben, ſo legen ſie das Zeugniß durch Anerkennung ihrer Unterſchrift ab (recognitio per teſtes). Man darf dieſe Recognition mit der Vergleichung der Handſchrift nicht verwechſeln, da dieſe durch Kunſt-

verständige geschieht; Zeugen aber nur ihre Unterschrift, nicht die Unterschrift des Ausstellers einer Urkunde recognoscirен.

XI.

VII. Wo gar kein Beweismittel vorhanden ist, um die Authenticität eines Dokuments herzustellen, da würde dem Producenten nur die Eideszuschiebung übrig seyn, wobey eine Zurückschiebung Statt fände. Allein hier traten unsere Gesetze ins Mittel, indem sie dem Produkten die absolute Verbindlichkeit auflegten, die Urkunde entweder anzuerkennen oder eidlich abzuleugnen (ad recognoscendum vel jurato diffitendum).

Erkennt sie der Produkt an, so ist die Urkunde als ächt anzunehmen, und sie hat Beweiskraft soweit, als ihr Inhalt auf das Beweisthema wirkt, denn die Recognition erstreckt sich auf die Wirkung des Inhalts keinesweges. In Sachsen unterscheidet man zwischen der allgemeinen und speciellen Recognition, und nennt jene die Recognition, wodurch er die Urkunde allgemein als ächt erkennt, diese, wenn er die Urkunde für ein Dokument der Art, wie es der Producent vorbrachte, recognoscirt, z. B.

bey einem als Kaufbrief producirten Dokumente genügt nicht, wenn er es als ächt erkennt, sondern er muß es auch als Kaufbrief recognosciren. Mit Recht bemerkt aber Claproth a) daß dieses Sache des Richters sey, denn die Aechtheit der Urkunde vorausgesetzt, gehört es blos zur Sphäre der richterlichen Reflexion, zur Beurtheilung, welcher Art von Dokumenten eine Urkunde zugezählt werden müsse.

XII.

VIII. Diese Anerkennung beschränken die Gesetze auf die Unterschrift der Urkunde; denn von demjenigen, der ein Dokument unterschrieben hat, muß der Konsens in dem Inhalt angenommen werden, bis das Gegentheil erwiesen ist, da diese Unterschrift nach dem Geschäftsgange unter den Menschen nun einmal das herkömmliche Mittel ist, seinen Konsens zu erklären. Die Richtigkeit der Unterschrift vorausgesetzt, ist also dem Produkten nichts übrig, als im Wege des Gegenbeweises zu erproben, daß die Urkunde seiner Unterschrift ungeachtet nichts beweise, oder vielmehr, daß das Faktum, wie es die Urkunde aussagt, sich an-

a) ordentl. Proz. §. 242.

ders verhalte. Niemals ist dem Produkten erlaubt, seine Unterschrift anzuerkennen, und den Inhalt der Urkunde eidlich abzuleugnen. Zwar liefert darüber Büchner *a*) schöne Bemerkungen; er sagt: man habe bey dem Recognitionseide doch die Absicht, den Produkten darüber zur Erklärung zu bringen: ob er das fragliche Instrument unterschrieben habe? denn zwischen Schreiben und ein Instrument unterschreiben sey doch ein mächtiger Unterschied. — Allein eben darin liegt es, daß derjenige, der unter ein über seine Rechte und Verbindlichkeiten errichtetes Dokument seinen Namen schreibt, es unterschreibt, daß hier schreiben und unterschreiben rechtlich synonim ist. Daher findet die Trennung der Unterschrift vom Inhalt bey Recognition der Urkunden nicht Statt, als nur ausnahmsweise in folgenden Fällen: 1) wenn die Urkunde der Verdacht eines Betrugs trifft *b*); 2) wenn der Aussteller

a) Untersuch. der Frage: ob derjenige, welchem eine Handschrift zur Anerkennung oder eidlichen Ableugnung vorgelegt worden, die Unterschrift anerkennen, den Inhalt aber eidlich ableugnen könne? Göttingen 1780. 4.

b) Knorre Anleit. zum gerichtl. Proz. Buch 1. Hauptst. 12. §. 20. Not. *b*. führt ein artiges

der Urkunde zur Unterschrift böslich verleitet worden *c*); oder 3) ein Blanquet ausgestellt hat, welches gegen seine Absicht mißbraucht wurde *d*). Nur muß in den beyden letzten Fällen die Verleitung oder die Ausstellung eines Blanquets bewiesen werden.

Streitig ist, ob dieser Beweis durch Eidesdelation geführt werden könne? Leyser *e*) behauptet dieses, weil die Gesetze auch über ein Falsum, wenn nur vom Privatinteresse, nicht von der Strafe die Rede ist, eine Eidesdelation zulassen. Allein dieser Schriftsteller hat auf einen falschen Grund gebaut. Die Unterschrift einer Urkunde ist ein schriftliches Eingeständniß ihres Inhalts; ein schriftliches Eingeständniß konnte vor Justinian nicht anders widerlegt werden, als durch einen mit klaren Dokumenten geführten Beweis vom Gegentheil dessen, was im Eingeständnisse enthalten war *f*).

Beyspiel aus Leyser spec. 278. med. 5. an.

c) Claproth ordentl. Proz. §. 242.

d) Wernher Observ. Part. IV. obs. 77.

e) Spec. 278. med. 7.

f) L. 25. §. 4. D. de probat. L. 13. C. de non numer. pecun.

Allein Justinian gieng weiter, und ließ auch unverwerfliche Zeugen zu g). Auf keine Weise kann eine Eidesdelation zugelassen werden, denn es ist sehr vernünftig, daß, wie der gründliche und launigte Meurer sagt: wer einmal eingestanden hat, wenigstens dem andern nicht mehr zumuthe, einen Eid darüber abzulegen, daß das Eingestandene wahr sey h). Man muß daher nur absondern, ob dasjenige, was die Eidesdelation bezielt, die Wahrheit der Urkunde unmittelbar angeht, oder zum indirekten Gegenbeweis gehört. Das erste kann offenbar durch Eidesdelation nicht bewiesen werden; das letzte hingegen läßt als ein selbstständiger Umstand nach allgemeinen Grundsätzen auch Eidesdelation zu; in die letzte Klasse gehört die Ausstellung eines Blanquets, zur ersten aber die Verleitung zur Unterschrift. Sollte hingegen eine Urkunde der Verdacht einer Verfälschung treffen, so wird dadurch ihre Beweiskraft entweder ganz vernichtet, wo alle Eidesleistung als überflüssig hinwegfällt, oder sie wird nur

g) L. 14. C. de contrah. vel comitt. Stipulat.

h) Jurist. Abhandlungen und Beobachtungen. Erste Samml. S. 33.

geschwächt, und hier findet zwar ein Eid, aber kein zugeschobener, sondern nur ein nothwendiger Erfüllungs, oder Reinigungseid Statt.

XIII.

IX. Erkennt der Produkt die Unterschrift nicht als ächt, so kann ihn nichts hindern, die Unächtheit zu beweisen, zwar nicht durch Eides, delation, denn die Gesetze verbinden ihn, den Diffessionseid zu schwören, und diese gesetzliche Bestimmung kann er durch keine Wendung vereiteln, aber doch durch andere Beweismittel; weil eines Theils jeder, der schwören soll, bevor von einem vollständigen Beweise die Rede ist, sein Gewissen mit Beweisen vertreten kann; andern Theils, weil er ohne Schaden des Producenten eine neue Last auf sich nimmt, und nur hierdurch in Gleichheit der Rechte mit diesem versetzt wird. Kann doch der Producent den Diffessionseid durch Vergleichung der Handschriften beseitigen, warum soll der Produkt ihm nicht entgehen können, wenn er den Beweis übernimmt, daß die Urkunde nicht authentisch sey [a])?

a) Danz §. 334. aus einem sehr seichten Grunde behauptet das Gegentheil Leyser spec. 277. med. 8.

Will oder kann er den Beweis nicht führen, so muß er die Urkunde eidlich ableugnen, und der Eid, sobald von ihm die Rede ist, kann nicht als ein zugeschobener, sondern nur als ein gesetzlich nothwendiger betrachtet werden; denn die Verbindlichkeit des Produkten fließt aus dem Gesetze, nirgendswo ist eine Eidesdelation des Producenten vorausgegangen, folglich kann von einer Zurückschiebung des Eides keine Rede seyn *b*).

XIV.

X. Die Ableugnung der Urkunde besteht aus zwey Handlungen: der Produkt leugnet die Aechtheit ab, und muß seine Ableugnung eidlich erhärten. Das erste bringt in den Urkundenbeweis noch eine faktische Präjudicialfrage, nämlich von der Authencität des Dokuments. Erst nach ihrer Ableugnung ist der Producent in die Nothwendigkeit versetzt, diese über allen Zweifel zu erheben; man kann also nicht mißkennen, daß nach dem Grundsatze der genugsamen Rechtsvertheidigung dem Producenten die Befugniß zukommt, der Ableugnung seines Gegners durch Beweise der Authenticität zu be-

b) Das Gegentheil behauptet Danz a. a. O.

gegnen; im Mangel anderer Beweise tritt erst die gesetzliche Verbindlichkeit des Produkten zum Diffessionseide ein. Die eidliche Ableugnung kann zwar nur, wie jeder anderer Meineid verfolgt werden, und ohne die auf diesen Zweck wirkenden Gründe hat die eidlich abgeleugnete Urkunde unter den streitenden Theilen ihren Glauben verlohren *a*), aber ehe die Ableugnung eidlich geschah, kann sich der Producent aller Beweismittel für ihre Authenticität bedienen, und in soferne kann man mit andern Schriftstellern *b*) die Ableugnung vor geleistetem Diffessionseide mit der verneinenden Kriegsbefestigung vergleichen. Unter den Beweismitteln verdienen besonders Recognition durch Zeugen und Vergleichung der Handschriften eine Betrachtung.

XV.

Die Anerkennung durch Zeugen kann nur darin bestehen, daß die Zeugen eidlich aussagen, daß der angebliche Aussteller einer Urkunde das vorgelegte Dokument unterschrieben

a) Walch de instrumentorum post juratam eorum diffessionem fide, in seinen Opusc. Tom. III. Seite 488.

b) Puffendorf Obs. tom. I. obs. 55.

oder doch sich für den Urheber desselben bekannt habe. Bey Urkunden, welche die Zeugen mit unterschrieben haben, legen sie dieses Zeugniß durch Recognition ihrer Unterschriften ab, welche aber als Zeugniß eidlich erhärtet werden muß, sobald es der Produkt fordert. Danz a) nennt dieses den Beweis der Richtigkeit der Urkunden durch Zeugen (probatio documenti per testes), und unterscheidet hievon die Anerkennung durch Zeugen (recognitio per testes in specie sic dicta), welche darin bestehen soll, daß Zeugen angegeben werden, welche eidlich erhärten, daß sie des Produkten Hand sehr wohl kennen, auch gewiß glauben, daß er das ihnen vorgelegte Dokument ausgestellt habe. Man mag meinetwegen diese zwey Sachen unterscheiden, nur muß man die letzte ganz aus der Reihe der Beweisarten hinwegstreichen; denn wenn sie, wie Danz sagt, eine Art der Beweisführung durch Zeugen seyn soll, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß sie gar nichts beweißt: da es eine anerkannte Wahrheit ist, daß Zeugen in demjenigen, was sie glauben oder urtheilen, keinen Glauben verdienen. Eine solche

Re-

a) Ordentl. Proz. §. 339.

Recognition durch Zeugen hat nicht einmal so viele Wahrscheinlichkeitsgründe, als die Vergleichung der Handschriften für sich, da nun nicht einmal diese einen vollkommenen Beweis ausmacht, wer wollte jene als ein Mittel ansehen, die Authenticität einer Urkunde zu beweisen.

XVI.

Die Vergleichung der Handschriften (comparatio literarum) ist das andere Mittel, der eidlichen Ableugnung zu entgehen *a*). Sie beruht auf der Vermuthung, daß zwey sich ganz ähnliche Handschriften einerley Verfasser haben. Aber wer kann läugnen, daß dieses von beyden Seiten höchst schwankend und trügerisch sey? wie oft haben nicht mehrere Menschen aus einer Schreibschule gleiche Handschriften? wie leicht kann der Schreibende, wegen der vorausgesehenen Vergleichung der Handschriften seine Schrift verändern? wie viele Menschen besitzen die schlechte Kunst, fremde Handschriften nachzuahmen?

a) Büchner de probatione per litterar. comparat. Götting. 1779.

Dennoch wurde ihr durch ausdrückliche Gesetze *b*) eine Kraft beygelegt.

Bey ihr liegt eine Reflexion, ein Schluß aus Aehnlichkeit der Handschriften zum Grunde, wozu besondere Kenntnisse der Schreibkunst erfordert werden; die Beyziehung der Kunstverständigen ist demnach zu ihrer Ausführung nothwendig. Vor allem muß eine Schrift vom Producenten herbeygeschaft werden, welche unstreitig von der Hand desjenigen ist, welcher als Urheber des bestrittenen Dokuments angegeben wurde. Das römische Recht *c*) fordert hiezu eine öffentliche, oder von drey Zeugen unterschriebene oder vom Produkten selbst producirte Urkunde. Allein der Gerichtsgebrauch geht von dieser Strenge aus überwiegenden Gründen ab, da jedes Mittel, die Gewißheit der Schrift herzustellen, von gleicher Wirkung seyn muß. Leugnet daher der Produkt nicht, daß die zum Vergleichungsmaasstab producirte neue Urkunde vom Aussteller sey, so beruht dieser Punkt auf wechselsweisem Eingeständniß; zieht er es in Zweifel, so muß der Producent diesen Präjudicialpunkt beweisen.

b) L. 16. C. de fide instrument. Nov. 73. cap. 7.

c) Auth. ad haec C. de fide instrum.

Erklären sich die Kunstverständigen nicht für die Aehnlichkeit beyder Handschriften, so bleibt der Produkt noch immer zur Ablegung des Diffessionseides verbunden. Ihr Ausspruch für die Gleichheit der Handschriften hingegen erhebt den Urkundenbeweis noch nicht zu einem vollständigen, sondern die Gesetze kamen selbst zur Ueberzeugung von der Unvollkommenheit der Handschriftenvergleichung zurück, indem sie erst durch einen nothwendigen Eid den mangelhaften Beweis zu einem vollkommenen zu erhöhen befehlen.

Der Regel nach wird auf den Erfüllungseid zu erkennen seyn, denn dem Producenten steht die Urkunde und der Ausspruch der Kunstverständigen, dem Produkten nichts zur Seite; offenbar hat also der Producent denjenigen höhern Grad der Wahrscheinlichkeit für sich, welcher den Ergänzungseid begründet. Indessen stelle ich nicht in Abrede, daß Ausnahmsweise besondere Umstände auch einen Reinigungseid veranlassen können, welcher übrigens, wie der Diffessionseid einzurichten ist.

XVII.

Nach hergestellter Authentickität eines Dokuments hängt sein Einfluß auf den beachsichtigten Beweis, nicht nur vom Inhalt der Urkunde, sondern auch von der Eigenschaft des Ausstellers ab, in welcher derselbe hier zu betrachten ist, und nach welcher seine Aeusserung als entscheidend in der Sache angesehen werden kann. Ist demnach das Dokument 1) eine einseitige Willenserklärung, so entscheidet sein Inhalt in soweit, als die Rechte unter den Parteien von einer einseitigen Disposition abhängen; z. B. daß der Titius Erbe, daß dem Cajus eine Sache legirt sey. Kommen aber dabey Stellen in Betrachtung, welche eine Behauptung von Thatsachen enthalten, so muß man unterscheiden, ob die Gesetze den einseitigen Behauptungen Glauben beymessen, oder ob sie nebst der Anführung solcher Thatsachen noch ihren Beweis fordern. Im ersten Fall ist der Beweis eben so überflüssig, als im zweyten nothwendig; doch muß im ersten Fall der Gegenbeweis zugelassen werden. In die erste Klasse gehört die Aufzeichnung der Eltern bey der Collation, in die zweite Klasse die Enterbung, zu welcher erfordert wird, daß

die Enterbungsursache angeführt, und die angeführte Ursache wahr, also, wenn sie in Abrede gestellt wird, bewiesen sey. 2) Urkunden, welche als schriftliches Eingeständniß beweisen, müssen aus der Natur der Eingeständnisse beurtheilt werden, nur kann an dem Willen ein Bekenntniß zu machen, nicht gezweifelt werden, da die Ausfertigung einer Urkunde über Rechtsgeschäfte eine Handlung ist, welche mit Vorbedacht geschieht, oder bey welcher ein Leichtsinn allemal einen hohen Grad von Schuld in sich faßt, deren nachtheilige Folgen ihren Urheber mit allem Rechte treffen. 3) Kann die Urkunde weder als einseitiger Willen, noch als Geständniß auf die Verhältnisse unter den Parteien wirken, so bleibt nur noch die Qualität eines Zeugnisses übrig, unter welcher sie auf die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Thatsache Einfluß haben kann. Hier müssen denn solche Urkunden ganz nach der Natur der Zeugnisse beurtheilt werden, darum beweisen gerichtliche Urkunden nur insoweit, als sie in der Form, in welcher sie ausgefertigt wurden, ein öffentliches Ansehen haben, und ein sogenanntes Attestat des Richters über ein Faktum, worüber nur Akten und Protokolle spre-

chen sollen, verdient keine Rücksicht; darum haben Privatdokumente als unförmliche und unbeschworne Zeugnisse keine Glaubwürdigkeit. Nur in Sachen, wo Gefahr auf den Verzug haftet, werden sie zu einer provisorischen Verfügung als Bescheinigungen der geringsten Art angenommen.

XVIII.

Sehr viel liegt demnach daran, diese drey verschiedene Qualitäten richtig zu unterscheiden, und man braucht Kennzeichen, nach welchen jeder Aufsatz unter den richtigen Gesichtspunkt gestellt werden kann. 1) Aufsätze, worin Jemand über seine Sache disponirt, auf eine Weise, welche die Acceptation des Andern nicht voraussetzt, müssen als schon einseitig verbindende Willenserklärung betrachtet werden. Was ihnen aber ausser der Disposition an Erzählungen oder Behauptungen beygemischt ist, kann, wenn vom Präjudiz des Ausstellers oder seines künftigen Repräsentanten die Rede ist, nur als Geständniß, gilt es aber den Schaden eines Dritten, nur als Zeugniß eine Wirkung hervorbringen. Nach dieser Ansicht ist die Erbeseinsetzung oder ein Legat eine einseitig verbinden-

de Disposition, das Legatum debiti ein Geständniß, die Aufzeichnung der Eltern als Maasstab der Collationsverbindlichkeit für die Kinder ein Zeugniß. 2) Aufsätze, worin Jemand sich dem Andern verbindet, Urkunden über wechselseitige Rechtsgeschäfte sind als Geständnisse zu betrachten, soweit von ihnen unter den Interessenten Gebrauch gemacht wird; gegen einen Dritten gelten sie nur als Zeugnisse. 3) Aufsätze über Rechtsverhältnisse eines Dritten, sind nichts als Zeugnisse, selbst die Annotation der Eltern gehört in diese Klasse.

Ende des zweiten Bandes.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Verbesserungen.

Seite 77. Zeile 16. statt seine — lies ihre.

— 176. in der Anmerk. setze zu: Martin Lehrbuch §. 30.

— 287. Z. 24. statt Wahrheit heutzutage — lies Wahrheit zutage.

— 291. — 12. st. man kann, ohne — l. man kann ohne.

— 300. in der Anm. st. Universit. l. Universi.

— 307. in der Anm. st. insufficientio l. insufficientia.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gönner, Nikolaus Thaddäus, 1764-1827

Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erö
rterung seiner wichtigsten Gegenstände

Bd.: 2

Erlangen (1801)

J.pract. 93-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554121-9